UNIVERSITÉ DE RENNES
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

# LES CONFLITS DE LOIS
# ET
# LES CONFLITS DE JURIDICTIONS
# EN MATIÈRE DE FAILLITE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit, le 31 octobre 1964*

par

**Michel TROCHU**

**JURY :**

*Président* : M. Y. LOUSSOUARN, *Doyen honoraire de la Faculté de droit de Rennes, Professeur à la Faculté de droit de Paris.*

*Suffragants* : M. H. D. COSNARD, *Professeur à la Faculté de droit de Rennes.*
M. J. D. BREDIN, *Professeur à la Faculté de droit de Rennes.*

PARIS
ÉDITIONS SIREY
22, rue Soufflot — V^e^
1967

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544722_0044

UNIVERSITÉ DE RENNES
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

# LES CONFLITS DE LOIS
# ET
# LES CONFLITS DE JURIDICTIONS
# EN MATIÈRE DE FAILLITE

## THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit, le 31 octobre 1964*

par

**Michel TROCHU**

**JURY :**

*Président* : M. Y. LOUSSOUARN, *Doyen honoraire de la Faculté de droit de Rennes, Professeur à la Faculté de droit de Paris.*

*Suffragants* : M. H. D. COSNARD, *Professeur à la Faculté de droit de Rennes.*
M. J. D. BREDIN, *Professeur à la Faculté de droit de Rennes.*

PARIS
ÉDITIONS SIREY
22, rue Soufflot — V^e^
1967

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

# PRÉFACE

*« Tous les hommes, sauf les paresseux, ont toujours été des marchands ». Si cette citation qui constitue la proposition liminaire de sa thèse avait la valeur d'un postulat, M. Michel Trochu devrait abandonner les Facultés de Droit pour se consacrer au commerce.*

*Sous le titre* « Les conflits de lois et les conflits de juridictions en matière de faillite » *M. Trochu livre en effet aux lecteurs un véritable Traité de Droit International privé de la faillite, fruit d'une somme de longues recherches et de patientes réflexions qu'il nous a été donné de suivre pas à pas et d'apprécier.*

*Cet excellent ouvrage arrive à son heure. Il vient opportunément enrichir la littérature du droit international du commerce, à ce jour encore fort clairsemée, et ce à une époque où le commerce international en plein essor sur le plan mondial voit son développement intensifié et accéléré sur le plan européen par l'avènement du Marché commun. Le nombre des commerçants (personnes physiques et plus encore sociétés) qui exercent une partie importante de leur activité à l'étranger et y établissent des agences, des succursales ou des filiales croît de façon constante. Les groupes de sociétés permettent de tisser au-dessus des frontières des réseaux étroits et complexes entre les entreprises. Mais les risques du commerce international ne sont pas moindres que ceux du commerce interne. Le fait pour une entreprise de se mouvoir dans le cadre européen ou même mondial ne constitue pas en soi un brevet de prospérité. Bien au contraire la concurrence est encore plus intense à l'échelon international et les victimes de son âpreté sont exposées aux rigueurs de la faillite ou du règlement judiciaire, tant il est vrai qu'en dépit de son aspect sanctionnateur le droit de la faillite s'adresse plus aux commerçants malheureux qu'aux commerçants malhonnêtes.*

*Mais la faillite n'est pas seulement répressive. Elle a aussi une fonction préventive. Une organisation rationnelle de la faillite est une condition même du crédit, et, dans cette optique, le commerce international en ressent la nécessité plus encore peut-être que le commerce interne. Pour promouvoir une telle organisation, deux voies sont praticables : celle d'une unification des règles matérielles de la faillite, celle d'une unification des règles de conflits de juridictions et de conflits de lois.*

*M. Trochu a choisi la seconde de ces voies. Apparemment moins ambitieuse et plus réaliste que la première, elle n'est pas pour autant facile. En effet la faillite, à raison même de sa complexité, appelle de*

*multiples rattachements. Elle est liée au droit des biens, au droit des contrats, au droit des sociétés. Ellle participe de la notion de statut personnel dans la mesure où l'on est tenté de considérer le failli comme un incapable. Elle présente enfin une nature procédurale en relation avec son caractère de voie d'exécution collective. Dès lors la loi de situation des biens, la loi d'autonomie, la loi de la société ou la loi nationale du failli, la « lex fori » enfin ont une aptitude concurrente à la régir et il n'est pas aisé de préciser les frontières qui doivent enfermer la compétence respective de ces différentes lois. Une telle ventilation est d'autant plus délicate qu'elle est en soi dangereuse. Ne risque-t-elle point en effet de conduire par un échantillonnage des solutions, à un « dépeçage » de la faillite et, ce faisant, d'en paralyser par une complexité excessive, le fonctionnement sur le plan international ?*

*Au surplus, et c'est une autre source de difficultés, à raison de la nature procédurale de la faillite, les problèmes de conflits de lois sont indissociables des problèmes de conflits de juridictions. C'est pourquoi M. Trochu a été conduit à envisager les uns et les autres. Il a eu l'habileté de mener de front leur étude tant dans la première partie de son ouvrage consacrée à la Détermination de la loi de la faillite que dans la seconde partie relative au Domaine de la loi de la faillite dans l'espace et dans le temps. Bien que ces intitulés éveillent l'idée de conflits de lois, l'auteur a toujours su demeurer attentif aux problèmes de compétence juridictionnelle.*

*Il serait présomptueux dans le cadre limité d'une préface de prétendre donner un reflet fidèle d'un ouvrage aussi dense et complet. Force est de mettre l'accent sur certains développements*

*Il convient à cet égard de mettre en exergue, car elle domine à tout le moins l'introduction et la première partie, l'analyse approfondie faite par M. Trochu des deux thèses antagonistes : celle de l'unité et de l'universalité de la faillite, celle de la pluralité et de la territorialité des faillites. Dans la première, la faillite prononcée par un tribunal unique se voit dotée d'effets extraterritoriaux. Dans la seconde il y a autant de faillites possibles qu'il y a de biens situés dans des pays différents. Mais chacune d'entre elles voit ses effets limités aux frontières de l'Etat dont le tribunal a rendu le jugement. L'auteur a su renouveler cette controverse classique. C'est en sortant des sentiers battus qu'il a dégagé les mérites et les inconvénients respectifs de l'une et l'autre conceptions avant d'analyser avec un soin minutieux la jurisprudence française qui procède à la fois de l'un et l'autre système. On sait en effet que nos tribunaux n'hésitent pas à déclarer la faillite en France d'une succursale française d'une société étrangère. La faillite est alors limitée aux biens situés en France, ce qui participe de l'idée de territorialité de la faillite. Mais ils admettent aussi, le cas échéant, qu'une faillite déclarée à l'étranger peut produire effets en France si elle a été prononcée par le tribunal de l'établissement principal, ou s'agissant d'une société par le tribunal du siège social, ce qui consacre l'idée d'unité de la faillite. Une telle application distributive que l'on pourrait être tenté de qualifier de cote mal taillée, révèle en réalité un effort de conciliation entre les deux thèses qui est sans doute la solution la plus réaliste et la plus sage en l'état actuel des relations internationales.*

*Dans la seconde partie de son ouvrage M. Trochu se livre à une étude exhaustive du Domaine de la loi de la faillite dans l'espace et dans le temps. Il est ainsi amené à passer en revue toutes les institutions, tous les mécanismes du droit de la faillite, car il lui faut chaque fois rechercher si la loi de la faillite demeure applicable ou si au contraire elle doit s'incliner devant une autre loi ayant une vocation préférable à la sienne. Dans cette optique et en donnant chaque fois des solutions longuement mûries et toujours judicieusement motivées, l'auteur envisage successivement les conditions d'ouverture de la faillite, la déclaration et l'organisation de la faillite, la masse des créanciers, les effets de la faillite à l'égard des personnes qui entendent se placer en dehors de la masse, les effets de la faillite à l'égard du débiteur et enfin les solutions de la procédure. Il semble qu'aucun problème n'ait été laissé dans l'ombre et le lecteur qui désire consulter l'ouvrage sur un point particulier a toutes chances d'y découvrir ce qu'il cherche.*

*Le faisceau de qualités que cette thèse révèle chez son auteur appelait une consécration. Elle a été rapidement acquise puisque M. Michel Trochu a été brillamment reçu dès son premier concours à l'Agrégation des Facultés de Droit. Que lui souhaiter dès lors, si ce n'est de persévérer au cours d'une heureuse carrière dans sa double vocation de commercialiste et et d'internationaliste ? L'ouvrage qui est le premier fruit de cet attachement à deux disciplines complémentaires ne peut qu'inciter à l'y encourager.*

Yvon LOUSSOUARN

*Professeur à la Faculté de Droit*
*et des Sciences Economiques de Paris*
*Doyen Honoraire de la Faculté de Droit*
*et des Sciences Economiques de Rennes*

# INTRODUCTION

« Tous les hommes, sauf les paresseux, ont toujours été des marchands » (1). Le désir de s'adonner au commerce est inné chez l'homme. Aucun peuple n'a pu y résister. Pour certains il a été un objectif principal. Cette noble profession a assuré le renom de plusieurs peuplades. Certaines grandes familles telles que la Maison de Médicis et les Fugger d'Augsbourg lui doivent leur hégémonie.

Dès les origines l'histoire nous apprend qu'il s'est déroulé dans un cadre international.

Ce caractère international du commerce a obligé les Etats à le réglementer économiquement et juridiquement. Sur le plan économique il est possible de discerner deux tendances qui ont alternativement prévalu dans les rapports commerciaux interétatiques. L'une est favorable à la restriction des échanges de pays à pays. C'est le protectionnisme. L'autre s'emploie à les développer. C'est le libre-échange. Depuis la fin de la deuxième guerre mondiale la deuxième formule triomphe. L'union douanière européenne suggérée par l'éminent homme politique qu'était le Président Schumann s'est concrétisée par la naissance de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier et de la Communauté Economique Européenne.

Il a alors fallu réglementer juridiquement cette libération générale des échanges. Deux systèmes ont été proposés. Le premier, très audacieux, tend à réaliser, dans la mesure du possible, l'unité des législations internes. Le second, plus modéré, cherche à faire adopter par les différents états des principes identiques pour la solution des conflits de lois.

Les tenants du premier procédé font observer que les divergences entre les législations entraînent des conflits de lois. Le développement du commerce international s'en trouve freiné d'autant. Pour remédier à ces inconvénients, il importe d'unifier le droit commercial. Cette œuvre gigantesque n'est pas aussi chimérique qu'elle le semble *a priori*. D'une part les exigences économiques que ce droit s'emploie à satisfaire, sont les mêmes dans toutes les nations civilisées (2). D'autre part, cette unification est réalisée dans certains domaines. Il est possible de citer, par exemple, la convention portant loi uniforme sur les lettres de change et les billets à ordre, signée à Genève le 7 juin 1930.

Cette unification est séduisante il faut en convenir. Elle risque, cependant, d'être entravée par des impératifs politiques, économiques,

---

(1) H. Gordon Selfridge, *L'apologie du commerce*, p. 9.

(2) Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, t. I, 3e éd., 1925, n° 22, p. 22.

sociologiques contradictoires. Il est préférable dès lors, de se montrer plus prudent et d'opter pour le deuxième système. Il importe de réduire les conflits de lois par la méthode des conventions et des unions internationales. Deux ou plusieurs états doivent s'engager à soumettre les litiges susceptibles de naître à une législation que le traité désigne.

Il faut alors se demander si cette solution qui semble la meilleure en ce qui concerne les relations commerciales internationales, est applicable au problème particulier de la faillite. En effet, si le commerce se pratique sur un plan international, les incidents qui découlent de son exercice apparaissent également dans un cadre international. Les moyens de transports sont de plus en plus rapides. La connaissance des langues étrangères se développe et facilite la correspondance internationale. Les entreprise d'importation ou d'exportation prennent un essor toujours croissant. Il est donc fréquent qu'un commerçant et surtout une société dont les affaires ont pris de l'extension, aient des établissements dans plusieurs pays différents. Des succursales, des agences, des bureaux dont le nombre grandit en fonction de l'existence de nouveaux marchés dépendent de l'établissement principal.

De ce fait, il arrive très souvent lorsque ce commerçant, personne physique ou morale, est en état d'insolvabilité ou de cessation de paiements, que son actif mobilier ou immobilier soit dispersé sur plusieurs territoires. Ses créanciers, ses débiteurs ont des nationalités diverses. Quelle est, dès lors, la juridiction compétente pour déclarer et organiser la faillite ? Quelle est la loi habilitée à en déterminer les conditions et les effets ? Dans quels états cette faillite produit-elle des conséquences ? Pour répondre à ces questions, il faut tout d'abord se demander si la faillite doit être unique et universelle ou s'il importe d'en prononcer une dans chaque Etat où se trouve un élément de l'actif du failli. Telle est la difficulté essentielle que soulève la faillite internationale et sur laquelle les auteurs se sont affrontés.

La question présente des intérêts d'ordre théorique et pratique. Sur le plan théorique, il est important de savoir si les lois qui régissent la faillite peuvent ou doivent avoir une portée extraterritoriale. Est-ce que la nature juridique de l'institution permet ou exige une telle extension ? Sur le plan pratique, la situation des créanciers du commerçant est très différente si le principe de l'universalité de la faillite est admis. Leur gage porte sur tout le patrimoine de leur débiteur. Ils risquent, en revanche, de se heurter à deux sortes d'obstacles. Les premiers sont d'ordre juridique si la loi appliquée établit une discrimination entre les créanciers nationaux et ceux qui appartiennent à un autre état. Les seconds sont d'ordre matériel lorsque les créanciers doivent aller plaider à l'étranger.

Plusieurs arguments ont été proposés à l'appui des deux thèses en présence. En faveur de la thèse de l'unité et de l'universalité de la faillite, il faut tout d'abord faire valoir que cette institution d'origine très ancienne puisque les Grecs et les Romains la connaissaient déjà, existe actuellement dans tous les états civilisés et poursuit partout les mêmes buts. Lorsqu'un commerçant ne fait plus face à ses obligations, elle règle la situation en maintenant d'une part une stricte égalité entre

les créanciers et en favorisant d'autre part, le relèvement du failli. L'exception d'ordre public ne permet donc pas d'écarter la loi étrangère normalement compétente puisqu'il existe généralement entre les pays une communauté de droit en matière de faillite. Il est impossible de méconnaître en dehors de l'état où elle a été prononcée une mesure qui répond aux mêmes nécessités sur tous les territoires.

De même la faillite par les déchéances et les incapacités qu'elle fait peser sur le débiteur forme à son égard un statut personnel. La loi qui la régit doit produire des effets au-delà des frontières du pays où elle est prononcée puisque les lois applicables au statut personnel ont une portée extraterritoriale.

Il ne faut pas oublier également que ce système de l'unité et de l'universalité de la faillite est consacré par la législation de la plupart des Etats à l'intérieur de leur territoire (1). Ne reconnaissent-ils pas par le fait même que cet universalisme est inhérent à la nature même de l'institution ?

Il s'impose enfin pour des raisons d'honnêteté. Rahusen l'a fait observer dans le rapport qu'il a présenté au nom de la cinquième commission à la quatrième conférence de La Haye lors de la séance du 31 mai 1904 (2) « Le jugement prononçant la faillite n'est pas exécutoire dans un autre pays. Et quelle est la conséquence ? Que des créanciers sans foi ni honneur saisissent dans le dernier pays à leur profit les biens de la faillite qui se trouvent dans ce pays. Et le syndic ou curateur n'y peut rien. L'existence de cet état de chose a été qualifié de véritable scandale. C'est un vol plus ou moins légalement organisé ».

Ce principe de l'unité et de l'universalité de la faillite a d'ailleurs été préconisé très tôt (3). Dès l'ancien droit les jurisconsultes belges et hollandais d'une part, les auteurs de l'Ecole française d'autre part, ont défendu ce système (4). Les jurisconsultes belges et hollandais s'inspirent de la doctrine de d'Argentré et classent les biens en deux catégories : les immeubles d'un côté, les meubles de l'autre. Or, le patrimoine du commerçant qui cesse ses paiements, se compose surtout d'éléments mobiliers. Le viel adage : « *Mobilia sequuntur personam* », permet donc de faire triompher la règle de l'universalité de la faillite en la faisant régir par la loi du domicile du débiteur. Jean Voët, toutefois, se montre encore plus audacieux. Conscient des avantages pré-

(1) Trib. région Strasbourg, 21 février 1924, *Gaz. Pal.*, 1924.I.766 : « que les prescriptions sur la faillite du code de commerce français posent le principe de l'unité et de l'universalité de la faillite, qu'elles stipulent qu'on ne peut pas être failli à l'égard de certains de ses créanciers sans l'être à l'égard des autres et que la faillite embrasse tout l'actif et le passif du patrimoine, gage général des créanciers ».

(2) Actes de la quatrième conférence de La Haye, 1904, p. 55 ; cf. en ce sens également De Boeck, « Les conflits de lois en matière de droits réels dans le cas de faillite », *Rev. dr. int. pr.*, 1913, p. 289.

(3) Rolin, « Des conflits de lois en matière de faillite », *Académie de Droit International, Recueil des cours* 1926, IV, p. 18 ; Valensi, *Répert. dr. int. de Lapradelle et Niboyet*, t. VIII, V° Faillite, n°s 11 et s.

(4) Jean Voet, « *Ad Pandectas* », LXX, t. IV, n° 12 ; Paul Voet *De statutis*, sect. 9, n° 11 ; Ansaldus, *De commercio et mercatura*, t. XI, n°s 19 à 21 ; Rodenburg, *De jure conjugum* ; Cardinal De Luca, *Discursus de commercio*, 10, n° 5 et *De credito*, t. X, n° 32.

sentés par l'organisation d'une seule administration il suggère, en invoquant la simple courtoisie internationale, d'étendre la compétence de la loi du domicile du failli à l'actif immobilier.

Les auteurs de l'école française pour leur part préconisent la même solution mais n'invoquent pas les mêmes arguments. Ainsi selon Merlin, le jugement déclaratif de faillite rendu par le tribunal du domicile du commerçant doit être considéré comme une procuration donnée par cette juridiction, au nom des créanciers, au syndic. Il a donc une portée extraterritoriale puisqu'« il est de principe que les procurations revêtues de la forme requise par la loi du lieu où elles se passent, ont leur effet partout ».

Au XIX^e siècle, la thèse de l'unité et de l'universalité de la faillite est défendue par Savigny (1). Pour cet auteur, la faillite ne peut être prononcée que par le tribunal du domicile du débiteur et doit être générale. « En effet, la communauté de droit entre Etats indépendants qui tend constamment à s'accroître veut qu'ils accordent une protection réciproque aux décisions rendues dans un autre pays ».

A partir de cette époque le mouvement en faveur de l'unité et de l'universalité de la faillite s'intensifie et dépasse le stade des controverses doctrinales. Dès 1869, ce système est consacré par la convention conclue par la France avec la Suisse. Il est repris par les rédacteurs du traité franco-belge en 1899, du traité hollando-belge en 1925, du traité franco-italien en 1930 et tout récemment par ceux du traité franco-monégasque en 1950.

En dépit de ce mouvement doctrinal et conventionnel favorable à la théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite, il est permis, cependant, de s'interroger sur la valeur juridique et économique de ce principe.

Les obstacles d'ordre juridique au triomphe de l'universalisme sont de trois sortes. Les premiers sont d'ordre juridictionnel. La faillite est prononcée par jugement. La juridiction saisie acceptera-t-elle de se désister si elle n'est pas celle du principal établissement du débiteur ? Il est permis d'en douter.

Les seconds sont dûs à la nature complexe de l'institution (2). Certes, la faillite affecte l'état et la capacité des personnes. Elle a, cependant principalement en vue les biens. « C'est un régime d'indisponibilité des biens, renfermé par raison de souveraineté dans les limites territoriales de l'Etat où elle est prononcée » (3). Elle apparaît également comme une voie d'exécution collective et forcée : collective, parce que les créanciers n'y défendent par leurs droits en ordre dispersé ; ils sont groupés en une masse et leurs intérêts sont liés ; forcée, parce qu'elle doit conduire à la liquidation de l'entreprise du failli, à la vente de ses autres

---

(1) SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, t VIII, trad. Guenoux, § 374, p. 279 et s.

(2) TRAVERS, *Le droit commercial international*, Vol. VII, fasc. I, n° 11020 ; PONSARD, *Jur. class. dr. int.*, Vol. V, fasc. 568, n° 6 ; LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 347 ; PERCEROU et DESSERTEAUX, *Faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, 2^e éd., 1938, t. III, n° 1720.

(3) THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, 6^e éd., 1922, n° 1717, p. 1009.

biens et à la répartition du prix entre les créanciers. Cette réalisation du patrimoine du débiteur nécessite le concours de l'autorité publique et l'aide, parfois, de la force publique. Elle doit donc être territoriale car l'Etat ne peut accepter que les fonctionnaires chargés de cette exécution reçoivent des ordres émanant d'un autre Etat. Les lois qui régissent la faillite comportent enfin des dispositions de procédure et ne peuvent de ce fait avoir aucune portée extraterritoriale.

Le troisième obstacle, enfin, provient du fait que la faillite n'est pas réglementée d'une manière identique dans tous les Etats. Si les buts poursuivis par cette institution sont les mêmes sur tous les territoires, l'organisation de celle-ci varie selon les pays. Les conditions d'ouverture de la faillite, tout d'abord, sont diverses. Certaines législations la réservent au commerçant (1). D'autres, l'étendent au non commerçant (2). Certaines lois s'attachent à la cessation des paiements (3). D'autres exigent l'insolvabilité du débiteur (4).

La nature du dessaisissement varie également suivant les Etats (5). Selon les droits américain, anglais et canadien, il résulte du transfert de la propriété des biens du failli à la masse des créanciers ou au trustee. La conception allemande y voit la constitution d'un droit réel au profit de la masse. Selon la thèse française et belge, enfin, le dessaisissement se caractérise par l'inopposabilité à la masse des actes faits par le débiteur après le jugement déclaratif de faillite (6).

Ces mêmes divergences au sein des législations apparaissent lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue de ce dessaisissement. Si dans l'ensemble des pays européens il ne porte pas seulement sur les biens présents du failli, mais s'applique également aux biens à venir qui peuvent lui échoir, tant qu'il est en état de faillite, un pays fait, cependant, exception à cette règle. L'article 1er de l'ordonnance allemande du 10 février 1877 précise, en effet, que « la procédure de faillite porte sur l'ensemble des biens soumis à exécution forcée que le failli possède lors de l'ouverture de la procédure ».

---

(1) Article 437 du Code de Commerce français : « tout commerçant qui cesse ses paiements est tenu, dans le délai de 15 jours, d'en faire la déclaration au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve son principal établissement commercial, en vue de l'ouverture d'une procédure de faillite ou de règlement judiciaire » : article 437 de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 : « tout commerçant qui cesse ses paiements et dont le crédit se trouve ébranlé est en état de faillite » ; article 874 du Code de commerce espagnol : « sera considéré comme en état de faillite le commerçant qui surseoit à payer couramment ses obligations ».

(2) Article 1, alinéa 1er de l'ordonnance allemande du 10 février 1877 sur la faillite : « la procédure de faillite porte sur l'ensemble des biens soumis à exécution forcée que le failli possède lors de l'ouverture de la procédure (masse de la procédure) ; article 68, alinéa 1er, de l'ordonnance autrichienne sur la faillite du 10 décembre 1914 « l'ouverture de la faillite suppose l'incapacité de paiement du débiteur ».

(3) Article 437 du Code de commerce français ; article 437 de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 ; article 874 du Code de commerce espagnol reproduits ci-dessus.

(4) Article 3 de la loi norvégienne sur la faillite du 6 juin 1863 ; article 40 et 43 de la loi danoise du 25 mars 1872.

(5) Travers, *Le droit commercial international*, Vol. VII, fasc. I, nos 11316, 11317.

(6) Cf. sur le droit belge Fredericq, *Traité de droit commercial belge*, 1949, t. VII, no 74, p. 159.

Ces quelques exemples empruntés au droit comparé, permettent de prendre conscience des difficultés qui risquent de surgir si la faillite est régie par une loi unique. A ces obstacles d'ordre juridique s'ajoutent des inconvénients d'ordre économique. Le crédit confère au commerce son dynamisme. Si le commerce veut conserver cet élément indispensable à son fonctionnement, le législateur doit s'employer à protéger le crédit. Les lois qui régissent la faillite poursuivent ce but, d'une part en exigeant que le commerce s'exerce avec prudence et probité en éliminant les commerçants incapables ou peu scrupuleux, d'autre part en assurant les créanciers qu'ils bénéficieront de certaines garanties si leur débiteur ne fait plus face à ses obligations. Dès lors, la faillite ne peut pas produire des effets en dehors du pays où elle a été prononcée, puisque les lois qui organisent le crédit sont territoriales. Il est impensable qu'un Etat charge le législateur d'un autre Etat d'assurer cette protection sur son propre territoire (1).

Cette même sécurité du crédit chirographaire exige que le débiteur qui fait de mauvaises affaires soit déclaré en faillite très rapidement S'il n'en est pas ainsi, il risque de recourir à des expédients pour sauver une situation déjà désastreuse. Le syndic découvre alors au moment du prononcé de la faillite, qu'il n'y a plus de trésorerie, qu'il n'existe plus de stocks, que le matériel négociable a été vendu à vil prix. Or, l'organisation d'une seule faillite n'apparaît-elle pas comme un obstacle à ce besoin de rapidité ? Lorsque les éléments du patrimoine du commerçant sont dispersés sur plusieurs territoires, il est plus difficile de déterminer avec précision si le débiteur ne fait plus face à ses obligations. De plus, lorsque le jugement déclaratif de faillite est rendu par le tribunal du principal établissement, les créanciers pour relations d'affaires subissent le concours des créanciers pour mise de fonds tels que les obligataires et les banques (2). Ils risquent de recevoir des dividendes inférieurs à ceux qu'ils auraient perçus si la faillite avait été locale.

Ces arguments contradictoires proposés les uns en faveur du système de l'unité et de l'universalité de la faillite, les autres en faveur de la territorialité, semblent *à priori* aussi séduisants. Or, il importe d'opter en faveur de l'une des deux théories en présence, car la loi apte à régir la faillite diffère en fonction du choix. Si la faillite est unique, elle est régie par la loi du principal établissement du failli. Si elle est territoriale, la loi de chaque pays où se trouve un élément de l'actif doit s'appliquer. Les conséquences de l'option sont très importantes. La doctrine, le droit conventionnel et la jurisprudence ont tenté de trouver une solution à ces problèmes de compétence législative. La détermination de la loi qui a vocation à régir la faillite doit donc être effectuée par référence aux systèmes ainsi proposés.

Après avoir précisé la loi applicable, il faut d'une part, rechercher si cette dernière est seule compétente, ou si, dans certaines hypothèses, d'autres lois n'ont pas une vocation concurrente à s'appliquer. Il

(1) Percerou et Desserteaux, *op. cit.*, 2e éd., 1938, t. III, n° 1720.

(2) Jacot, « La faillite en droit international », *Nouvelle revue de droit international privé*, 1934, p. 791.

importe d'autre part, de déterminer à partir de quel moment la faillite est susceptible d'avoir des effets en dehors de l'Etat où elle a été prononcée.

Il convient donc d'envisager successivement la loi applicable à la faillite et le domaine de cette loi dans l'espace et dans le temps.

1re partie, Détermination de la loi de la faillite.

2e partie, Domaine de la loi de la faillite dans l'espace et dans le temps.

# PREMIÈRE PARTIE

# DÉTERMINATION DE LA LOI DE LA FAILLITE

La nature de la faillite en droit international privé est discutée. Deux thèses s'affrontent : d'une part, celle de l'unité et de l'universalité de la faillite, d'autre part, celle de la territorialité et de la pluralité des faillites. La solution du conflit de compétence juridictionnelle résulte du choix effectué entre ces deux conceptions. La compétence juridictionnelle ainsi déterminée commande, à son tour, la compétence législative. Il importe donc, en premier lieu d'analyser en toute objectivité les deux théories en présence, et de rechercher, en second lieu, la solution adoptée par la jurisprudence française.

# CHAPITRE I

# LA THÉORIE DE L'UNITÉ ET DE L'UNIVERSALITÉ DE LA FAILLITE

Le système de l'unité et de l'universalité reconnaît le droit de prononcer la faillite au seul tribunal du domicile du débiteur. Seule la loi en vigueur dans l'état où se trouve le principal établissement est applicable. Cette unité de compétence judiciaire et législative produit plusieurs conséquences. Toutes les actions sont portées devant le tribunal du domicile du débiteur. La faillite prononcée par celui-ci s'étend à tous les pays où le débiteur a des biens ou des intérêts lorsque certaines formalités ont été accomplies. Tous les créanciers chirographaires, quelle que soit leur nationalité, sont groupés en une seule masse et sont privés du droit d'exercer des poursuites individuelles contre le failli dessaisi dans tous les pays. Les actes et contrats faits et passés par ce dernier sont nuls ou annulables. Enfin, la solution de la faillite est unique et doit être acceptée par tous les états.

Cette thèse, disent ses partisans, s'impose pour une triple raison. Elle se justifie juridiquement. Elle répond à des nécessités d'ordre pratique. Elle est consacrée, enfin, par le droit conventionnel.

## Section I. — La théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite se justifie juridiquement

La concentration de la procédure permet tout d'abord à la faillite d'atteindre dans un cadre international les buts qu'elle poursuit sur le plan interne. La thèse de l'unité est également conforme à la nature de la faillite. Les effets qu'elle produit supposent, enfin, qu'elle est unique.

## Sous-section I. — Le principe de l'unité permet à la faillite d'atteindre les buts qu'elle poursuit

En droit interne la faillite (1) tend à une double fin : assurer principalement l'égalité entre tous les créanciers, favoriser subsidiairement le relèvement du failli dans la mesure où les deux intérêts en présence peuvent se concilier. Ces résultats ne peuvent être obtenus si tous les biens du débiteur ne sont pas situés sur le même territoire, que lorsque la faillite est unique.

### § 1. — UNE STRICTE ÉGALITÉ N'EST MAINTENUE ENTRE TOUS LES CRÉANCIERS QUE LORSQUE LA FAILLITE EST UNE ET UNIVERSELLE (2)

Les créanciers d'un commerçant n'acceptent de lui accorder des facilités de paiement sans exiger en contrepartie des garanties réelles que dans la mesure où le législateur leur assure qu'ils seront tous traités de la même manière si leur débiteur ne peut plus faire face à ses obligations. Lorsque tous les biens du failli se trouvent dans le même état, il est très facile de maintenir cette égalité en privant les créanciers chirographaires, pendant toute la durée de la faillite, du droit de réaliser leur gage commun par une procédure individuelle ne profitant qu'à son auteur. Mais comment est-il possible de parvenir à une distribution équitable des dividendes lorsque le patrimoine du débiteur est disséminé sur plusieurs territoires et lorsque les différentes lois qui ont vocation à s'appliquer ne reconnaissent pas les mêmes droits et n'imposent pas les mêmes obligations aux créanciers et au failli ? Seule l'unité de la compétence législative et la concentration de la procédure permettent, semble-t-il, d'obtenir ce résultat. Cette thèse a été défendue avec beaucoup d'ardeur par Thaller qui fut cependant un partisan de la pluralité des procédures. Il a su mettre en évidence tous les inconvénients présentés par ce que les Allemands ont appelé le « Raubsystem » c'est-à-dire le système du pillage. Si le jugement déclaratif de faillite n'étend pas ses effets dans tous les états où sont situés les biens du débiteur « on verra le même homme déclaré en faillite dans un pays et reconnu dans l'autre à l'abri de son

---

(1) Il faut entendre la faillite au sens large.

(2) Glasson, « Compétence des tribunaux français entre étrangers », *Clunet*, 1881, p. 127 ; Thaller, *Des faillites en droit comparé*, t. II, p. 340 ; Ch. Valensi, *Repert. Dr. int.*, V° Faillite, t. VIII, n° 23 ; Travers, *Le droit commercial international*, Vol. VII, fasc. I, n° 11043 ; Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de droit international privé*, 4e éd., p. 642, n° 515 ; Despagnet, *Précis de droit international privé*, 5e éd., par De Boeck, n° 429 ; Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2e éd., t. VI, p. 228 ; Rolin, « Conflit en matière de faillite », *Recueil des Cours, Académie de droit international*, 1926, t. IV, p. 26 ; De Boeck, « Les conflits de lois en matière de droits réels dans le cas de faillite », *Rev. dr. int. pr.*, 1913, p. 289 ; Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 351 ; K. H. Nadelmann, « Droit international privé de la faillite », *Clunet*, 1940-1945, p. 73

atteinte ; on verra deux masses de créanciers produisant dans deux masses de biens, obtenant deux dividendes de taux inégal, ou des habiles se faufilant dans les deux groupes, et arrivant, à la faveur d'une confusion, à se payer doublement, à encaisser peut-être une somme supérieure au montant nominal de leur droit. On verra le concordat prévaloir à gauche, l'union à droite, en sorte que la condition du débiteur devienne tout simplement indéfinissable » (1).

Certains auteurs ne se sont pas, cependant, ralliés à ce point de vue (2). Ils font remarquer en premier lieu que les créanciers qui demeurent loin du principal établissement rencontrent de grandes difficultés. Leurs droits sont déterminés par des lois et fixés par des juridictions étrangères. Ce système peut donner lieu à de graves injustices. Il arrive que la loi compétente leur soit moins favorable que celle qui aurait été appliquée si le système de la territorialité avait prévalu. De même, quelques législations ne réservent pas un traitement identique aux créanciers nationaux et aux créanciers étrangers. Ces derniers peuvent donc subir dans certaines hypothèses de lourds préjudices. Et même si ce système n'est pas consacré par le droit positif, le syndic peut être tenté de se montrer partial, et avantager les créanciers locaux. Or, comment les créanciers étrangers peuvent-ils exercer, dans ce cas, un contrôle très sévère lorsqu'une grande distance les sépare du lieu où la faillite est réglée ? Enfin, même si la loi ou le syndic n'établissent pas une discrimination entre les créanciers en fonction de leur domicile, ceux qui demeurent très loin ne sont pas, cependant, à l'abri de tout danger. Le jugement déclaratif de faillite est publié dans l'état où la faillite est déclarée. Mais aucune forme de publicité n'est prévue pour la décision d'exequatur qui rend ce jugement exécutoire à l'étranger. De ce fait, si la loi applicable ne fait pas de différence entre les créanciers cette égalité n'est qu'apparente puisque très souvent les créanciers ne savent pas que leur débiteur est privé de l'administration et de la disposition de ses biens et ils ne peuvent pas faire valoir leurs droits.

Si le principe de l'unité soulève de graves problèmes pour les créanciers qui ne sont pas domiciliés dans le pays où la procédure est ouverte, il les prive également en second lieu du gage qu'ils ont pris en considération en contractant. Un Français, par exemple, qui accepte d'accorder des facilités de paiement à un commerçant, personne physique ou morale, tient essentiellement compte des biens qu'il possède sur

(1) Rahusen fut encore plus énergique et plus violent dans le rapport qu'il présenta au nom de la cinquième commission à la quatrième Conférence de droit international privé de la Haye. « Qu'arrive-t-il maintenant ? Le jugement prononçant la faillite n'est pas exécutoire dans un autre pays. Et quelle est la conséquence ? Que des créanciers sans foi ni honneur saisissent dans le dernier pays à leur profit les biens de la faillite qui se trouvent dans ce pays. Et le syndic ou curateur n'y peut rien. L'existence de cet état de chose a été qualifiée de véritable scandale. C'est un vol plus ou moins légalement organisé ».

(2) Conclusions de l'Avocat Général Hemar, S., 1879.II, p. 168 ; Ch. Valensi, *op. cit.*, V° Faillite, n° 31 ; Thaller, *op. cit.*, t. II, p. 343 et s. ; Pic, *op. cit.*, *Clunet*, 1892, p. 593 ; De Vareilles-Sommières, *Synthèse du droit international privé*, t. I, p. 305.

notre territoire. Parfois, il ne sait même pas que son débiteur a des biens meubles ou immeubles dans d'autres états. Et même s'il détient certains renseignements sur ce point, très souvent, il n'a pas la possibilité de les évaluer à leur juste valeur. Son crédit est donc, en quelque sorte, proportionné à l'actif français et il n'est accordé qu'en fonction des dispositions contenues dans la loi française dans l'hypothèse où le commerçant ferait de mauvaises affaires.

Dès lors, si la faillite est prononcée par une juridiction étrangère et si elle est régie par une loi différente de la législation française, la confiance des créanciers est trompée. Le gage spécial en vue duquel ils ont stipulé disparaît puisqu'il est joint à l'ensemble de l'actif qui est distribué ultérieurement entre tous les créanciers. Et en envisageant le problème dans un cadre plus général, il est permis même de se demander si la théorie de l'unité ne risque pas de faire perdre toute force et tout dynamisme au crédit. Les créanciers qui ne sont plus assurés de voir les litiges qui peuvent naître solutionnés par une loi qu'ils connaissent, et qui n'ont plus la possibilité de déterminer avec précision l'étendue du gage qui leur est attribué sont tentés de se montrer plus exigeants envers leurs débiteurs et de n'accorder des facilités de paiement que très rarement.

Les adversaires du principe de l'unité font enfin remarquer, en troisième lieu, que ce procédé favorise les créanciers les moins scrupuleux et qu'il provoque certains gaspillages. Tout d'abord, si le commerçant possède plusieurs succursales, il se peut qu'elles ne soient pas dans une situation critique à la même époque. De ce fait, le créancier qui apprend que son débiteur ne fait plus dans tous les états face à ses obligations peut essayer de rentrer en possession des sommes qui lui sont dues. S'il obtient satisfaction, il bénéficie d'un régime de faveur par rapport à l'ensemble de la masse. De plus, même si ces procédés déloyaux ne sont pas utilisés, il s'écoule un certain laps de temps avant que le tribunal du principal établissement soit saisi. Le débiteur peut essayer d'en tirer profit pour tenter d'ultimes opérations de sauvetage qui généralement ne donnent aucun résultat positif mais qui rendent la situation encore plus désespérée. Enfin, lorsque le jugement déclaratif est prononcé il n'est pas rendu immédiatement exécutoire dans tous les états intéressés par la faillite. L'exequatur est généralement une procédure très longue. Les créanciers étrangers peuvent profiter de ces délais pour exercer des poursuites individuelles.

La théorie de l'unité ne semble donc pas le système juridique idéal pour maintenir une stricte égalité entre tous les créanciers si les objections émises par une partie de la doctrine sont fondées. Ces critiques nécessitent, cependant, quelques observations. Elles ne sont pas toutes déterminantes.

Tout d'abord, il n'est pas établi que les créanciers qui ne sont pas domiciliés dans l'état où la faillite est prononcée subissent très souvent les partialités de lois ou de syndics étrangers. Le principe de la discrimination ne se retrouve pas dans de nombreuses dispositions législatives et la rareté du système se conçoit fort bien. Les nations sont liées en matière de faillite par un intérêt commun ; elles ont tout avan-

tage à se prêter une assistance mutuelle (1). Si une loi réserve un régime de faveur aux créanciers locaux cette disposition provoque des mesures de représailles qui sont d'ailleurs regrettables. Ce principe est consacré, par exemple, par le législateur allemand qui préconise de maintenir une stricte égalité entre les créanciers, quelle que soit leur nationalité, sans rejeter toutefois, toute possibilité de mesures de rétorsion (2). Mais si la rareté des procédés discriminatoires s'explique par des raisons de simple intérêt, ce n'est peut-être pas la seule justification. Une loi qui tient compte de la nationalité peut sérieusement entraver le développement du commerce international. Si tous les créanciers d'un commerçant ne sont pas assurés d'être traités avec impartialité ils hésiteront à s'engager dans les affaires internationales. Il ne faut pas en déduire, cependant, qu'il n'existe pas de lois qui accordent un droit de préférence aux nationaux. Certains pays comme l'Argentine ou le Brésil reconnaissent ce système. Ce sont, néanmoins, des exeptions qui n'enlèvent pas toute sa valeur et tout son intérêt au principe de l'unité.

La seconde critique est peut-être, par contre, plus pertinente *a priori*. L'éloignement et l'absence de publicité de la décision d'exequatur peuvent causer un grave préjudice aux créanciers étrangers. Cette remarque est fondée, il faut en convenir, mais les difficultés ne sont pas insurmontables. D'une part, il ne faut pas oublier qu'il existe des dispositions qui tendent à protéger les créanciers qui ne sont pas domiciliés dans l'état où la faillite a été prononcée. Ainsi, en droit français si « la remise des titres et du bordereau indicatif doit être faite dans la quinzaine de l'inscription au bulletin officiel du registre du commerce ce délai est augmenté de trente jours pour les créanciers domiciliés hors de la France métropolitaine » (3). De même, les articles 519 et 520 de notre Code de commerce prévoient certaines mesures en faveur des créanciers retardataires. A défaut de production dans les délais, les défaillants ne seront pas complètement déchus de leurs droits. La voie de l'opposition leur est ouverte jusqu'à la distribution des deniers exclusivement. Et s'ils se font ultérieurement reconnaître comme créanciers, ils ne pourront rien réclamer sur les répartitions ordonnancées par le juge commissaire, mais ils auront le droit de prélever sur l'actif non encore réparti, les dividendes afférents à leurs créances dans les premières répartitions. D'autre part, au lieu de rejeter la thèse de l'unité ne serait-il pas plus simple et plus sage d'organiser cette publicité ? Il faudrait même, pour éviter aux créanciers étrangers toute surprise désagréable publier le jugement déclaratif dans tous les pays où il risque de produire des effets. Cette solution n'est d'ailleurs pas nouvelle puisqu'elle a déjà été proposée par le congrès juri-

(1) SAVIGNY, *Traité de droit romain*, traduction Guenoux, 1851, t. VIII, § 374 E p. 379.

(2) Article 5 de l'ordonnance allemande du 10 février 1877 sur la faillite « les créanciers étrangers sont assimilés aux nationaux. Le Ministre de la justice peut décréter par voie d'ordonnance l'application de mesures de rétorsion contre un état étranger, ses ressortissants et leurs ayants cause ».

(3) Article 509, alinéa 3, du Code de commerce français.

dique de Turin en 1880, par la cinquième conférence de droit international de La Haye en 1925 et adoptée par le droit conventionnel (1). Le projet de traité libellé par le congrès de Turin était assez évasif sur ce point, puisqu'il indiquait simplement que « des dispositions spéciales seront introduites dans le traité pour régler les mesures à prendre afin que les jugements rendus en matière de faillite dans l'un des états contractants puissent être connus dans les autres états ».

Le projet de convention établi par la cinquième conférence de La Haye était, par contre, plus précis puisqu'il disposait dans son article 8 « que le jugement déclaratif de faillite est, à la diligence du syndic, publié dans les pays où le failli possède une succursale et dans ceux où le syndic se propose d'invoquer les effets de la faillite ; que, dans chaque pays, cette publicité est faite en la forme prescrite par la loi territoriale et que celle-ci détermine les conséquences du défaut de cette publicité à l'égard des biens qui s'y trouvent ». Quant aux rédacteurs des conventions franco-belge (art. 13) franco-italienne (art. 3, al. 5) ils permettent au juge accordant l'exequatur d'ordonner « s'il y a lieu, les mesures nécessaires pour que la décision étrangère reçoive la même publicité que si elle avait été prononcée dans le ressort où elle est rendue exécutoire ». Pourquoi dès lors ne pas s'inspirer de ces dispositions pour organiser par voie législative, cette publicité ? (2).

Si la deuxième critique émise par les adversaires du principe de l'unité est discutable, certains auteurs estiment également que la troisième n'est pas fondée (3). Selon ceux-ci, les créanciers n'ont pas seulement contracté en vue d'un gage spécial localisé sur le territoire où ils sont domiciliés. Ils ont tenu compte de l'ensemble du patrimoine. Cette objection n'est pas déterminante. Le débiteur dont la faillite nécessite un règlement international est, en règle générale, une société importante dont l'actif est dispersé dans plusieurs états. De ce fait, comment le créancier moyen peut-il obtenir des renseignements précis sur l'importance et la valeur des biens possédés par le commerçant auquel il fait crédit ? Il ne faut pas en déduire, cependant, que cet inconvénient imputable à l'universalité de la faillite est insurmontable. Il existe deux remèdes. Il faudrait d'une part, pour rendre confiance aux créanciers hésitants et favoriser par le fait même le développement du commerce international les prévenir lors de la passation du contrat que les litiges qui naîtront ultérieurement seront réglés par une loi

---

(1) Congrès juridique de Turin du 7 au 11 septembre 1880, *Clunet*, 1880, p. 625 ; Cinquième conférence de droit international privé de La Haye, octobre 1925, Travers, *Rev. dr. int. pr.*, 1925-1926, p. 220 ; Conventions franco-belge et franco-italienne, Percerou et Desserteaux, *Faillite et banqueroutes et liquidations juriciaires*, 2e éd., 1938, t. III, p. 316.

(2) Il faut noter qu'aux termes de la loi du 18 mars 1919 sur le registre du commerce (D., 1919-1920, IV, 86) la publicité du jugement déclaratif étranger par inscription au registre de commerce local est exigée par l'article 8, alinéa 2, pour les commerçants français ou étrangers ayant leur établissement principal à l'étranger quand le jugement étranger a été rendu exécutoire en France et par l'article 9, alinéa 3, pour les sociétés étrangères et dans ce cas, il semble que l'inscription soit obligatoire même en dehors de l'exequatur. Cette publicité n'est cependant pas suffisante.

(3) Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11048, *Trav. Comité franç. dr. int. pr.* 1936, p. 18 ; Surville, *op. cit.*, n° 515, p. 640.

étrangère, la loi du principal établissement en l'espèce. Ils seraient ainsi à l'abri de toute surprise puisqu'ils auraient la possibilité de savoir si la loi applicable leur est favorable ou si elle est, du moins, impartiale. Il serait nécessaire d'autre part, de les informer qu'un gage spécial ne leur sera pas accordé en cas de faillite du débiteur. Ils seraient donc psychologiquement préparés à une répartition de l'actif total dont on leur aurait donné préalablement une évaluation exacte.

Il est certain, enfin, que le principe de l'unité risque d'entraîner certains gaspillages et de provoquer une course entre les créanciers les plus avides. Ces dangers ne sont pas, cependant, des obstacles insurmontables. Il est possible d'y remédier. Certains auteurs proposent, par exemple, d'organiser une faillite provisoire (1). Selon ceux-ci, en principe, le tribunal du lieu du principal établissement est seul habilité à prononcer la faillite. Toutefois, s'il tarde à rendre le jugement déclaratif de faillite ou si les syndics nommés ne prennent pas immédiatement les dispositions qui s'imposent, le tribunal du lieu de la succursale peut être saisi temporairement. Le débiteur ne peut pas ainsi aggraver la situation en recourant à des expédients et toutes les poursuites individuelles sont suspendues. Mais ces mesures provisoires doivent cesser dès que la faillite prononcée par le tribunal du domicile du commerçant est à même d'éviter toute fraude et tout gaspillage.

Cette solution permet incontestablement de supprimer certaines difficultés imputables au système de l'unité. Elle présente cependant de graves inconvénients. Les économies qu'elles permet de réaliser en empêchant le débiteur de se lancer dans des opérations désastreuses ne sont-elles pas absorbées par les dépenses qu'elle nécessite ? L'organisation de plusieurs faillites même si elles ne sont que provisoires est très onéreuse. L'actif qui doit être réparti entre tous les créanciers se trouve lourdement grevé. De ce fait, il serait préférable d'accélérer le déroulement de la faillite déclarée au lieu du principal établissement et d'interpréter d'une manière très large la notion de mesures conservatoires. La doctrine et la jurisprudence dans leur ensemble admettent que le syndic peut prendre un certain nombre de dispositions avant que le jugement étranger ait été déclaré exécutoire dans tous les états où il doit produire des effets. Dès lors, si le domaine de ses attributions est étendu avant toute décision d'exequatur il sera à même d'éviter certains abus sans provoquer des dépenses supplémentaires.

La théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite telle qu'elle est conçue actuellement ne permet donc pas de maintenir une stricte égalité entre tous les créanciers. Mais il suffit de réviser, de modifier certaines modalités d'application pour obtenir ce résultat. Les parti-

---

(1) GLASSON, « Compétence des tribunaux français entre étrangers », *Clunet*, 1881, p. 128 ; TRAVERS, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11051. Cette solution a été également proposée par l'Institut de droit international en 1894 « Toutefois la faillite pourra être déclarée par le tribunal dans le ressort duquel est située une succursale ou une résidence mais ne produit effet que dans le pays où elle a été prononcée. En cas de déclaration de faillite prononcée dans un ou plusieurs pays et dans le pays du siège social des affaires du débiteur, les tribunaux du pays des succursales ou des résidences seront dessaisis au profit du tribunal du pays du siège principal ».

sans du principe de l'unité font, toutefois, observer que ce n'est pas le seul but qu'il poursuit. Ce système facilite également le relèvement du failli.

## § 2. — L'UNITÉ ET L'UNIVERSALITÉ DE LA FAILLITE PERMETTENT LE RELÈVEMENT DU FAILLI

Le droit français connaît depuis quelques années une transformation, une réforme de la procédure de faillite (1). Le failli est parfois la victime de circonstances telles qu'une guerre, une crise économique ou financière. Il peut n'avoir commis aucune faute. Aussi depuis le décret du 20 mai 1955, le règlement judiciaire devient le mode normal de règlement du passif. Il est appliqué aux commerçants qu'il n'apparaît pas nécessaire de rejeter hors de la vie commerciale. La faillite, en revanche, est désormais conçue comme une mesure d'élimination visant les commerçants qui cessent leurs paiements et qui ne méritent pas d'échapper aux déchéances attachées à cette mesure. La mise en œuvre de cette réforme judicieuse ne pose pas de problèmes lorsque tous les biens du débiteur qui ne fait plus face à ses obligations sont situés sur le territoire français. Comment est-il possible d'obtenir, par contre, le même résultat si son patrimoine est dispersé dans plusieurs états ? Il n'est pas certain que cette évolution se retrouve dans toutes les lois qui régissent la faillite. Dès lors, si le principe de la pluralité des procédures triomphe le même commerçant peut obtenir un concordat dans un état, être en état d'union dans l'autre, voir la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif dans un troisième (2). La multiplicité des procédures provoque donc l'apparition de difficultés presque insurmontables et compromet sérieusement le relèvement du débiteur malchanceux. Aussi, pour éviter ces inconvénients très graves et pour permettre au législateur français d'atteindre le but qu'il poursuit même lorsque tout l'actif ne se trouve pas sur notre territoire il est préférable de recourir au principe de l'unité.

En conclusion, la théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite assure ou du moins pourrait assurer une stricte égalité entre les créanciers d'une part, donne la possibilité au failli d'opérer un redressement d'autre part. Pour certains auteurs ce n'est pas le seul intérêt présenté par cette thèse. Elle est également conforme à la nature de la faillite.

---

(1) Travaux de la Commission de réforme du Code de commerce, compte rendu Houin, *Rev. trim. dr. com.*, 1950, p. 388 ; Houin, « La réforme de la faillite et de la liquidation judiciaire », *Rev. trim. dr. com.*, 1955, p. 484 ; Julliot De la Morandière, Rodière et Houin, *Droit commercial et droit fiscal des affaires*, t. II, 1962, p. 214.

(2) Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. 1, p. 43, *Trav. Comité franç. dr. int. pr.*, 1936, p. 14.

## Sous-section. — Le principe de l'unité est conforme à la nature de la faillite (1)

La faillite est un mode de liquidation collective du patrimoine du débiteur. Or, selon la théorie classique « le patrimoine est une universalité de droit, en ce sens que les biens forment, en vertu de l'unité même de la personne à laquelle ils appartiennent un ensemble juridique » (2). Et ce patrimoine un et indivisible répond de l'ensemble des dettes. Dès lors si un commerçant possédant plusieurs établissements dispersés sur divers territoires cesse ses paiements dans un état, la faillite doit étendre ses effets à tous les biens composant ce patrimoine quel que soit le pays où ils sont situés. L'unité de celui-ci suppose une faillite unique et universelle.

Si cet argument permettait de justifier à une certaine époque l'unité de compétence législative et la concentration de la procédure il n'a plus, de nos jours, aucune valeur sur le plan interne et il semble que sa force ait été toujours discutable sur le plan international.

En effet, il est évident qu'actuellement la théorie classique suivant laquelle une personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine est complètement dépassée. Les doctrines modernes lui ont à juste titre reproché de ne pas être conforme à la réalité du droit positif (3). Ainsi, le même individu peut se trouver momentanément à la tête de deux patrimoines distincts : par exemple, l'héritier qui a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire ou l'envoyé en possession des biens d'un absent. De même un patrimoine peut comprendre plusieurs masses dont chacune a un régime juridique distinct. Il en est ainsi, en particulier, lorsque la femme a une activité séparée puisque les gains constituent une universalité juridique distincte. Dès lors, si le patrimoine n'est plus comme certains auteurs l'ont très longtemps soutenu, un et indivisible, le principe de l'unité ne se justifie peut-être pas (4).

Il ne faut pas, cependant, en déduire que cet argument a perdu de son importance seulement depuis que la conception moderne du patrimoine a triomphé. Il est permis de se demander, en effet, si les conséquences juridiques de l'indivisibilité du patrimoine pouvaient être admises sans difficulté dans un cadre international car n'étaient-elles pas en

---

(1) VALÉRY, *Manuel de droit international privé*, n° 935, p. 1295 ; A. WEISS, *op. cit.*, t. VI, p. 229 ; SURVILLE, *op. cit.*, n° 515, p. 640 ; GLASSON, *op. cit.*, *Clunet*, 1881, p. 125 ; Ch. BEUDANT, note sous Paris, 30 août 1867, D., 1868.II.114 ; LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 351 ; Paris, 22 juillet 1929, *Clunet*, 1929, p. 1095.

(2) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5e éd., t. II, par RAU et FALCIMAIGNE, § 162, p. 3 ; en ce sens également BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Des biens* § 1, p. 2.

(3) MEVORACH, « Le patrimoine », *Rev. trim. dr. civ.*, 1936, p. 811 ; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, t. I, nos 289 et s. ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. I : « Les personnes », 2e éd., par SAVATIER, n° 8, p. 7 ; t. III : « Les biens », 2e éd., par PICARD, n° 20, p. 24 ; COLIN et CAPITANT, *Traité de droit civil*, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 1957, t. I, n° 98, p. 66.

(4) TRAVERS, *Le droit commercial international*, Vol. VII, fasc. I, n° 11058.

contradiction avec le grand principe de l'indépendance respective des souverainetés ?

Si la notion du patrimoine un et indivisible ne doit pas être admise et ne permet pas de justifier la théorie de l'universalité de la faillite, la conception de cette institution proposée par Günther et Albéric Rolin (1) donne-t-elle un fondement plus sérieux au principe de l'unité ?

Selon ces auteurs, la faillite entraîne la substitution à la personne physique du failli « d'une espèce d'association forcée entre les créanciers, association que l'Etat crée et organise, qui ne résulte pas de leur libre initiative, véritable association d'utilité publique ». Cette constitution poursuit un double but. Elle permet, d'une part, une efficace protection des droits de l'ensemble des créanciers, ce qui suppose parfois une action dirigée contre l'un d'eux. Elle favorise, d'autre part, un développement harmonieux du commerce. Cette masse est une personne juridique publique puisqu'elle résulte d'une création directe de l'état et a ses représentants nommés par les tribunaux et chargés d'un véritable service public. Elle doit, donc, au même titre que diverses personnes juridiques de droit public telles que les hospices ou les bureaux de bienfaisance, bénéficier d'une reconnaissance de sa personnalité à l'étranger ce qui entraîne une extension extraterritoriale de la faillite.

Cette justification de l'unité de compétence est séduisante, il faut en convenir. Plusieurs auteurs ont cependant contesté la valeur juridique de cette thèse. Faut-il accorder un certain crédit à leurs objections ? Il est à noter, tout d'abord, que la doctrine française dans son ensemble considère la masse comme une association des créanciers pour défendre leurs droits (2). L'affirmation de Rolin est donc fondée sur ce point car comme celui-ci, la plupart des auteurs insistent sur le caractère particulier de cette association. En règle générale, l'individu est libre d'entrer dans un groupement. Par contre, en matière de faillite les créanciers n'ont pas la possibilité de choisir (3).

Mais si la définition proposée de la nature du groupement n'est pas contestée, les attributs reconnus à cette association sont discutés. Certains refusent d'admettre que la masse ait la personnalité juridique (4). Ripert se base sur le fait qu'elle n'a pas de patrimoine. Le débiteur demeure propriétaire des biens composant l'actif. Les créanciers restent titulaires de leurs créances. Or, le grand intérêt présenté par la personnalité morale est d'assurer l'indépendance du patrimoine.

Cette objection n'est pas acceptée, cependant, par l'ensemble des auteurs (5), et elle est en contradiction avec la position adoptée récem-

---

(1) Gunther, *Weiske 's Staatslexicon* Band, IV, 1843, *Artikel Gesetz*, p. 735 ; Rolin, *op. cit.*, p. 35.

(2) Ripert, Durand et Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, 4e éd., n° 2646.

(3) Percerou et Desserteaux, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2e éd., t. I, n° 86.

(4) Ripert, Durand et Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, 4e éd., n° 2647 ; Weiss, *op. cit.*, t. VI, p. 235.

(5) Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, 2e éd., 1921, n° 1851, p. 388 ; Percerou et Desserteaux, *op. cit.*, t. I, n° 85 ; Wahl, *Droit commercial*,

ment par la Cour de Cassation (1). Le patrimoine est le corollaire, la conséquence de l'octroi de la personnalité civile. Il n'est pas la condition nécessaire. De plus, est-il vraiment possible d'affirmer que la masse n'a pas de patrimoine ? Si le débiteur conserve la propriété de ses biens, il en perd le pouvoir d'administration, de jouissance et même de disposition puisque le syndic peut vendre les biens du failli dans les forme précisées par le législateur. Il y a en quelque sorte transfert d'une partie des droits du débiteur à la masse. Or, comme le souligne M. Houin « un patrimoine peut fort bien se composer de droits autres que celui de propriété ». La masse jouit également de droits nouveaux dont les créanciers et le débiteur ne pouvaient pas se prévaloir. Elle peut, par exemple, faire annuler certains actes ou contrats passés durant la période suspecte. Il y a de même un démembrement des droits des créanciers en raison de la suspension des poursuites individuelles et la masse en acquiert une partie. Enfin la notion même de dettes de la masse, est révélatrice de la réalité de son patrimoine (2).

L'existence d'un patrimoine propre et indépendant de la masse incite donc à lui reconnaître la personnalité juridique. Il existe également d'autres éléments qui justifient cette reconnaissance. La Cour de Cassation a donné, dans un arrêt rendu le 28 janvier 1954 (3) une définition de la personnalité morale. Elle a déclaré que « la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ; que si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice ». Ces conditions exigées par la juridiction suprême semblent remplies par la masse. D'une part, le syndic peut représenter en justice l'ensemble des créanciers sans qu'il soit nécessaire de désigner les membres individuellement comme l'exige la règle « nul ne plaide par procureur ». D'autre part ce groupement assure la défense d'intérêts collectifs et licites puisqu'il

---

n° 2348, p. 856 ; Levasseur, note sous Cass. Civ., 28 janvier 1954, D., 1954, p. 217 ; Houin, note sous Cass. Civ., 17 janvier 1956, D., 1956, p. 265 ; Granger, note sous Cass. Civ., 17 janvier 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9601 ; Julliot de la Morandière, Rodière et Houin, *Droit commercial*, t. II, 2e éd., p. 220 ; Lambert, « La personnalité juridique de la masse », *J.C.P.*, 1960.I, nos 1568, 1590, *J.C.P.*, 1961.I, n° 1643.

(1) Cass. civ., 17 janvier 1956, D., 1956, p. 265, *J.C.P.*, 1956.II.9601.

(2) Lambert, « La personnalité juridique de la masse », *J.C.P.*, 1961.I, n° 1643. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 6 mars 1962, *Gaz. Pal.*, 1962.I, p. 394, *Rev. trim. dr. com.*, 1962, p. 481, semble, cependant, limiter implicitement le rôle de la masse, personne morale. Elle estime que lorsque les représentants de la masse continuent l'exploitation du débiteur, continuent les contrats passés par celui-ci ou même en passent de nouveaux, ils gèrent le patrimoine du débiteur et non celui de la masse personne morale. C'est le débiteur qui devient titulaire des droits et des obligations nés de ces opérations. Dans cette hypothèse la juridiction suprême ne nie donc pas la personnalité morale de la masse mais en restreint la portée.

(3) Cass. civ., 28 janvier 1954, D., 1954, p. 217.

permet de maintenir une stricte égalité entre tous les créanciers. Et cette solution a été retenue par la Cour de Cassation le 17 janvier 1956 qui a précisé que « la masse des créanciers dans la faillite constitue une personne morale distincte de la personne des créanciers qui la composent ».

Si la thèse soutenue par Rolin semble en conformité avec la position adoptée par l'ensemble de la doctrine et par la jurisprudence récente il ne faut pas en déduire, cependant, qu'elle soit à l'abri de toute critique. La masse est une personne juridique mais ce n'est pas une personne de droit public. Il faut noter, toutefois, que cette objection n'est pas aussi pertinente qu'elle le semble *a priori* car le groupement présente certains caractères généraux de la personne morale de droit public.

Tout d'abord, les créanciers n'ont aucune liberté d'adhésion. La masse se caractérise, comme nous l'avons déjà souligné, par l'aspect forcé de la participation. Or, l'un des critères de distinction de la personne morale de droit public et de la personne morale de droit privé n'est-il pas le caractère obligatoire de l'adhésion dans la première, spontané, volontaire dans la seconde (1) ? De plus, cette association de créanciers tend, comme les personnes publiques, à satisfaire des intérêts généraux. Elle permet de sauvegarder toute la valeur du crédit chirographaire et par le fait même le commerce conserve son dynamisme. Mais il ne faut pas pousser plus loin la comparaison. Il existe des différences fondamentales entre cette masse dotée de la personnalité morale et les personnes de droit public.

En premier lieu, la création de ces personnes n'est jamais le résultat de l'initiative privée. Or, si l'article 4 du décret de 1955 autorise le tribunal de commerce à prononcer d'office la faillite ou le règlement judiciaire d'un commerçant ce droit a un caractère exceptionnel. La juridiction compétente est généralement saisie par le débiteur lui-même ou sur la demande des créanciers. En second lieu, la responsabilité de ces personnes publiques est régie par des règles particulières (2). Elle est également déterminée par des juridictions administratives et elle permet, parfois, si elle est établie, un recours contre l'Etat. Or, ces dispositions spéciales ne se retrouvent pas dans la législation qui règlemente la faillite.

Certains auteurs ne se sont pas, cependant, contentés d'objecter que la masse ne constitue pas une personne morale de droit public. Ils poursuivent leur raisonnement et déduisent toutes les conséquences qui découlent logiquement de leur refus (3). La masse, association très utile par les buts qu'elle poursuit et par les effets qu'elle produit « n'est pas une unité administrative dépendant de l'Etat, et vivant de sa vie ».

---

(1) Rivero, « Droit administratif », *Précis Dalloz*, 2e éd., n° 39, p. 43 ; Waline, *Droit administratif*, 9e éd., n° 461, p. 287 ; Safa, *La faillite en droit international privé*, n° 56, p. 33.

(2) Blœvæt, « Personnes privées et personnes publiques » « Objectivité du droit public français », *J.C.P.*, 1950, D., p. 889 ; Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, 3e éd., par Trotabas, n° 84.

(3) Weiss, *op. cit.*, t. VI, p. 236 ; Valensi, *op. cit.*, V° Faillite, n° 44.

Elle ne doit donc pas bénéficier d'une reconnaissance extraterritoriale. Elle ne peut pas agir sur des territoires étrangers lorsqu'elle n'a pas obtenu une habilitation préalable. La masse formée dans un pays étranger n'a le droit, par conséquent, d'exercer une activité en France par l'intermédiaire de ses organes que lorsqu'elle produit une autorisation gouvernementale.

Ce refus est tout à fait conforme, il faut le reconnaître, aux dispositions prises par le législateur français. Celui-ci s'est toujours méfié des groupements qui ne poursuivent pas un but lucratif. L'attitude de ses membres ne correspond pas à la réaction normale et prévisible de l'être humain. Ils peuvent, de ce fait, cacher des activités troubles. Aussi, le décret-loi du 12 avril 1939 a ajouté à la loi du 1er juillet 1901 sur le contrat d'association un titre IV ainsi libellé : « Aucune association étrangère ne peut se former, ni exercer son activité en France, sans autorisation préalable du Ministre de l'Intérieur » (1).

Cette argumentation n'est pas, cependant, déterminante pour une double raison. En premier lieu, si la définition donnée par Rolin de la masse était admise, c'est-à-dire si elle apparaissait comme « une véritable association d'utilité publique », il serait possible d'objecter que cette habilitation sans laquelle le groupement n'a aucune existence internationale n'est pas nécessaire. L'article 33 du décret-loi du 12 avril 1939 précise, en effet, que « le présent titre (c'est-à-dire le titre IV) n'est applicable ni aux associations étrangères reconnues d'utilité publique, ni à celles qui ont pour objet unique d'assurer l'exercice d'un culte, en vertu des lois en vigueur, ni aux congrégations religieuses » (2).

Cette démonstration est séduisante. Elle n'est pas déterminante. Il serait indispensable que les représentants de la masse prouvent qu'elle a été reconnue d'utilité publique en France, c'est-à-dire qu'il existe un décret en ce sens (3), puisque c'est le seul mode d'établissement de la reconnaissance. Or, ils ne pourront jamais apporter cette preuve. En droit français, la masse ne bénéficie pas de ce privilège. Un groupement étranger ne peut donc se voir octroyer des droits qui ne sont pas accordés au même groupement français.

L'absence d'un décret qui confère à l'association obligatoire des créanciers le caractère d'utilité publique ne permet pas, toutefois, de dénier à la masse étrangère toute existence en France, parce qu'elle n'a pas obtenu une autorisation gouvernementale. Il ne faut pas oublier, en second lieu, que si le décret-loi du 12 avril 1939 a, certes, été interprété de façons très diverses par la doctrine et par la jurisprudence, il est possible, cependant, de déceler une tendance dominante (4). Celle-ci établit une distinction entre les associations étrangères consti-

---

(1) *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1939, p. 162.

(2) *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1939, p. 163. Voir également René Savatier, « La condition en droit international privé des personnes morales dans les divers décrets-lois français de 1939 », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1939, p. 432.

(3) Brichet, *Les associations de la loi de* 1901, n° 8, p. 10.

(4) Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn, *Droit international privé*, 7e éd., n° 266 ; Loussouarn, *Académie de droit international, Recueil des cours*, 1958, « La condition des personnes morales en droit international privé », p. 517 ; Batiffol, *Traité*, 3e éd., 1959, n° 206 ; Niboyet, S., 1942.II, p. 31, note sous Paris, 24 avril 1940.

tuées en France et celles créées à l'étranger. S'il est normal de subordonner la constitution des premières à une habilitation préalable, il n'est pas nécessaire de se montrer aussi rigoureux à l'égard des secondes. Il faut leur reconnaître une certaine existence même en l'absence de toute autorisation lorsqu'elles n'exercent aucune activité permanente sur notre territoire, c'est-à-dire lorsqu'elles se contentent d'accomplir quelques actes accessoires et isolés.

Dès lors, si on essaie de résoudre les problèmes soulevés par la reconnaissance extraterritoriale de la masse, en se référant à cette théorie, il est possible de proposer une solution logique et cohérente. Lorsque le jugement déclaratif de faillite a été rendu par une juridiction étrangère et n'a pas encore été déclaré exécutoire en France, l'activité du syndic est très réduite sur notre territoire. Il prend seulement quelques mesures conservatoires. Son rôle se limite à l'accomplissement de quelques actes isolés qui ne nécessitent pas une autorisation gouvernementale. Par contre, lorsque son activité suppose une certaine continuité, c'est-à-dire lorsqu'elle se caractérise par la répétition d'actes juridiques tels que des actes d'exécution, le sundic doit obtenir une habilitation. Celle-ci est donnée par un tribunal français qui accorde l'exequatur à la décision étrangère.

En définitive, il est donc possible de soutenir, à juste titre, que la masse est une association d'un genre particulier, dotée de la personnalité morale et bénéficiant d'une reconnaissance partielle en France avant toute décision d'exequatur, complète lorsque le jugement étranger a été déclaré exécutoire. La reconnaissance de cette personne juridique suppose également la reconnaissance des droits qui lui ont été conférés par la loi qui l'a créée, c'est-à-dire par la loi du principal établissement. De ce fait, le principe de l'unité de compétence législative se trouve consacré et justifié.

Certains auteurs ne se sont pas, cependant, ralliés à cette opinion (1). Ils objectent que chaque état peut toujours accorder à la masse constituée sur son territoire la personnalité civile. Il y a ainsi une pluralité de personnes morales et le principe de l'unité n'a plus de fondement. Cette remarque est valable, il faut en convenir, lorsqu'il existe une multiplicité de faillites. Cette constatation ne permet pas, toutefois, de dénier toute valeur à la thèse présentée par Rolin. Celui-ci s'est probablement rendu compte qu'en pratique sa théorie n'est pas toujours vérifiée. Mais, il ne l'a jamais présentée comme un principe élaboré à partir d'un certain nombre d'exemples concrets. Il a constaté que le système de la territorialité soulève de graves problèmes et il s'est employé à rechercher un remède qui, d'une part, présente des avantages pratiques et qui, d'autre part, puisse être justifié juridiquement, c'est-à-dire qui se déduise de la nature juridique de la masse. D'autres auteurs ont poursuivi également le même but, mais ils se sont attachés essentiellement aux conséquences produites par la déclaration de faillite (2).

---

(1) Bonnecase, « La faillite en droit international privé », *Clunet*, 1912, p. 760.

(2) Weiss, *Annales de droit commercial*, 1888, p. 168, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2e éd., t. VI, p. 229.

## Sous-section III. — Seul le principe de l'unité est compatible avec les effets produits par la procédure de faillite

Plusieurs auteurs attribuent à la faillite un effet extraterritorial parce qu'elle affecte le statut personnel du débiteur failli. Cette thèse a été très brillamment soutenue et défendue par Weiss (1).

Selon celui-ci la faillite « est l'état du commerçant qui a cessé ses paiements ». Elle tend à mettre fin à la gestion personnelle du failli en lui substituant une personne qui présente toutes les garanties de compétence, d'indépendance et d'impartialité afin de limiter le désastre et de distribuer d'une manière équitable les biens du débiteur entre tous les créanciers.

Puis, pour donner plus de force et de valeur à sa démonstration, Weiss cite Beudant (2) : « l'état de failli est indivisible ; on ne peut être failli à l'égard de certains de ses créanciers sans l'être à l'égard des autres ; dès lors, quand un commerçant a été déclaré en faillite, il n'y a plus de place pour un nouveau jugement déclaratif ; il ferait double emploi avec le précédent. En d'autres termes, la faillite affecte l'état de la personne, dont elle altère la capacité ; elle est une et complète ; elle affecte la situation entière du débiteur, présente et future, les effets qu'elle produit sont généraux ».

L'éminent auteur poursuit en proposant deux arguments qui, à son avis, justifient sa thèse. D'une part, le législateur français consacre le principe de l'unité en droit interne puisqu'il ne prend pas en considération la situation des biens qui sont frappés par la faillite. La demande doit être introduite devant le tribunal dans le ressort duquel se trouve le principal établissement commercial du commerçant et, pour les sociétés, devant celui du siège social. Dès lors, pourquoi ne pas projeter sur le plan international cette règle qui est appliquée en droit interne ? D'autre part, il existe certaines similitudes entre le régime du failli dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens et celui de l'absent, du mineur ou de l'interdit. Comme ceux-ci le débiteur qui a cessé ses paiements ne peut plus agir lui-même et « encourt certaine incapacités civiles ». Or, les effets dus à la déclaration d'absence, à la minorité et à l'interdiction ont une portée extraterritoriale. La solution doit donc être la même lorsqu'un commerçant est déclaré en faillite.

Il ne suffit pas, cependant, de préciser que la faillite n'est pas limitée au territoire sur lequel elle a été prononcée. Il faut encore déterminer quelle est la loi qui a une vocation générale à régir cette mesure. Selon Weiss cette compétence très étendue ne peut être attribuée qu'à la loi personnelle du failli.

Cette théorie, *a priori*, semble logique et cohérente. Une analyse approfondie des principaux arguments permet, cependant, d'en déceler

---

(1) Weiss, *Annales de droit commercial*, 1888, p. 168, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2e éd., t. VI, p. 229.

(2) Beudant, note sous Paris, 30 août 1867, D.P., 1868.II.113.

le caractère artificiel (1). Tout d'abord, s'il est vrai que « la faillite est l'état du commerçant qui a cessé ses paiements », il ne faut pas oublier que ce peut être également celui du non commerçant puisque de nombreux états admettent la faillite civile. De plus, comme le souligne Rolin, il n'est pas possible de soutenir que la faillite tend à distribuer équitablement les biens du débiteur et vise à substituer une gestion plus compétente à celle du failli. Ce rôle n'est plus dévolu à la faillite elle-même, mais à la loi qui règle les conséquences de cette procédure. La faillite est l'état du commerçant qui a cessé ses paiements dans certains pays. qui est en état d'insolvabilité dans d'autres. Le jugement déclaratif constate cet état et la loi de la faillite précise quelles sont les mesures qui doivent être prises pour faire triompher le principe d'égalité et pour tenter de sauver ce qui reste de l'actif.

Si cette définition proposée par Weiss de la faillite et des buts qu'elle poursuit encourt certains reproches, il est très difficile également d'admettre le principe de la compétence unique de la loi personnelle du failli. Certes, il faut reconnaître que cet auteur ne tombe pas dans les erreurs commises par certains tenants de la thèse qu'il défend. D'une part, il ne soutient pas comme l'a fait, à tort, le tribunal civil d'Anvers le 14 février 1903 (2) pour fonder la thèse de l'unité que « les questions intéressant l'état ou la capacité des créanciers telles la faillite, sont régies par la loi de la nation à laquelle ils appartiennent ». Le caractère aberrant de ce système lui enlève d'ailleurs toute valeur. En effet, si les créanciers ont des nationalités différentes plusieurs lois auront vocation à s'appliquer et l'unité de la faillite disparaîtra totalement. D'autre part, il ne commet pas l'erreur de soutenir que la faillite affectant le statut personnel du failli doit produire des effets extraterritoriaux tout en la faisant régir par la *lex domicilii*. Mais cette thèse présente le grand inconvénient d'être en contradiction avec le droit positif. Dans l'ensemble des états seule la loi en vigueur sur le territoire est habilitée à déterminer les conditions d'ouverture de la faillite et à préciser les effets qu'elle entraîne puisque toutes ces questions étant étroitement liées au crédit sont d'ordre public.

Les objections faites jusqu'ici à la théorie de Weiss sont cependant mineures. On doit lui reprocher principalement d'avoir classé dans le statut personnel les lois qui régissent la faillite. Il ne faut pas, toutefois, baser cette critique, comme l'ont fait certains auteurs et certaines décisions jurisprudentielles sur des arguments qui ne soient pas pertinents. Ainsi, aucun crédit ne peut être accordé à l'argument avancé par le tribunal de commerce d'Alost qui a soutenu que « les incapacités dont la loi frappe le failli ne sont que temporaires et qu'ainsi on ne peut dire que la faillite touche à l'état des personnes ; que ce que la loi entend

(1) Rolin, *op. cit.*, p. 28 et s. ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 5e éd., t. VIII, n° 1236, p. 779 ; Pic, *op. cit.*, *Clunet*, 1892, p. 593 ; De Bœck, note sous Cour de Cass. de Belgique, 23 mai 1889, D., 1891.II.225 ; Valensi, *op. cit.*, V° Faillite, nos 38 et s. ; Surville, *op. cit.*, n° 515, p. 641, note 2 ; Bonnecase, *op. cit.*, *Clunet*, 1912, p. 760 ; Thaller, *op. cit.*, p. 350 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, nos 11061 et s.

(2) Trib. civ. Anvers, 14 février 1903, *Clunet*, 1905, p. 1088.

par état des personnes, c'est une situation nettement définie, attachée pour toujours à la personne, qui l'accompagne partout et qui, lorsqu'elle la quitte selon les conditions tracées par la loi, la quitte aussi définitivement». Cette objection n'est pas fondée car, comme l'a fait remarquer la Cour Suprême de Belgique qui a cassé ce jugement, « aucune disposition légale ne fait dépendre de cette dernière condition (c'est-à-dire un état permanent) la personnalité du statut ; qu'il est incontestable, au contraire, que les lois sur la tutelle, l'interdiction la mise sous conseil judiciaire, sont des lois personnelles, bien qu'elles ne régissent que des situations souvent temporaires »(1). De même, il ne faut pas faire valoir pour réfuter la thèse de Weiss que ces incapacités qui frappent le failli ne sont pas édictees dans son intérêt car ce caractère n'est pas indispensable.

Mais si ces remarques ne sont pas déterminantes, il existe cependant, certaines raisons qui incitent à rejeter cette théorie. D'une part, il est impossible d'établir un lien étroit entre les conséquences principales de la faillite et l'idée d'incapacité. Si le principe de la suspension des poursuites individuelles était rattaché à l'idée que le failli est un incapable, cette règle devrait s'imposer à tous les créanciers. Or, il n'en est pas ainsi puisqu'elle n'affecte pas le droit que possèdent les créanciers hypothécaires et privilégiés de mettre en œuvre leurs actions sur les biens qui leur ont été affectés. Il est également erroné d'établir un parallèle entre le débiteur dessaisi de l'administration de ses biens et l'individu frappé d'incapacité. Cette relation n'a jamais été admise par la doctrine et par la jurisprudence (2). La sanction du dessaisissement diffère de celle des incapacités. La nullité des actes accomplis par l'incapable ne peut être demandée que par celui-ci. Or, lorsque le failli fait certains actes malgré le dessaisissement il ne peut pas déclarer qu'ils sont nuls. Ils sont valables à son égard et à l'égard du cocontractant. Le contrat lie les deux parties qui l'ont conclu et lorsque la faillite sera terminée, il sera valide. La nullité ne peut être invoquée que par le représentant de la masse. Cette idée a été particulièrement mise en évidence par la Cour de Cassation le 13 décembre 1904 (3). La juridiction suprême a fait observer que « la liquidation judiciaire n'a pas pour conséquence de rendre le débiteur incapable de contracter ; que les restrictions que la loi apporte alors à ses droits, ainsi que les formalités dont elle entoure les actes qu'il passe, sont prescrites dans l'intérêt

(1) Tribunal de commerce d'Alost, 8 août 1888, Cour de Cassation de Belgique, 23 mai 1889, D., 1891, p. 225 ; en ce sens également, conclusions du Procureur général Mesdach de Ter Kiele et Tribunal civil de Bruxelles, 17 avril 1894, *Clunet*, 1895, p. 430.

(2) Wahl, *op. cit.*, n° 2320 ; Julliot de la Morandière, Rodière et Houin, 1959, Précis Dalloz, *Droit commercial et droit fiscal des affaires*, t. II, n° 286, p. 241 ; Escarra, *Cours de droit commercial*, n° 1528 ; Ripert, Durand et Roblot, *op. cit.* 4e éd., n° 2668, p. 336 ; Lyon-Caen, note sous Cass. civ., 13 décembre 1904, S., 1905.I.65.

(3) Cass. civ., 13 décembre 1904, S., 1905.I.65 ; en ce sens également, Cass. civ., 27 mai 1910, D., 1912.1.447, « Attendu que, si aux termes de cet article (c'est-à-dire l'art. 443 C. com.) à partir du jugement déclaratif de faillite, le failli est dessaisi de l'administration de tous ses biens, il n'est pas en état d'interdiction ».

de la masse des créanciers ; que si, en cas d'inaccomplissement de ces formalités, les créanciers ont qualité pour agir en nullité, il n'en est pas de même du débiteur, non plus que de ceux qui ont contracté avec lui ».

Si les effets principaux de la faillite ne permettent pas de ranger les lois qui la régissent dans le statut personnel, les incapacités accessoires qu'elle entraîne ne justifient pas d'autre part, un tel classement. Si cette procédure affectait vraiment l'état du failli, les déchéances personnelles attachées à la faillite par le jugement étranger devraient produire leurs effets en France avant que cette décision ait été déclarée exécutoire sur notre territoire. Or le législateur français n'a jamais admis cette solution. Il a toujours subordonné la reconnaissance des incapacités politiques ou professionnelles qui atteignent le débiteur à l'obtention d'un exequatur et l'octroi ne produit pas automatiquement cet effet.

Il apparaît donc impossible, en définitive, de reconnaître à la faillite un effet extraterritorial, parce qu'elle rentre dans le statut personnel. Il ne faut pas en déduire, cependant, que le principe de l'unité n'est pas fondé. En effet, comme nous l'avons déjà souligné, il peut, d'une part, être justifié juridiquement puisqu'il permet à la faillite d'atteindre les buts qu'elle poursuit et il est conforme à la nature de cette mesure. Il présente, d'autre part, selon les partisans de ce système, de grands avantages pratiques.

## Section II. — La théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite répond à des nécessités d'ordre pratique

La déclaration de la faillite au lieu du principal établissement de débiteur et l'extension des effets du jugement déclaratif dans tous les états où sont situés les biens du failli apparaît comme une solution simple, économique et rapide.

### § 1. — LA FAILLITE UNE ET UNIVERSELLE RÉPOND A UN SOUCI DE SIMPLICITÉ (1)

Les inconvénients dus à la pluralité des procédures disparaissent lorsque la faillite est régie par une seule loi et lorsque le jugement ne peut être rendu que par un seul tribunal quelque soit le lieu où sont situés les biens du débiteur. Le recours à ce système présente le grand avantage de simplifier les problèmes, de minimiser les difficultés qui

(1) SURVILLE, *Cours élémentaire de droit international privé*, 4e éd., n° 515 ; WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2e éd., t. VI, p. 228 ; TRAVERS, *Le droit commercial international*, Vol. VII, fasc. I, n° 11044 ; LOUSSOUARN *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 352.

peuvent exister. Les exemples sont nombreux mais il suffit d'envisager deux cas pour prendre conscience de cette simplification.

Ainsi, il se peut que l'actif du débiteur comprenne des créances. Si la faillite est prononcée dans plusieurs endroits en même temps, il faut les répartir entre les différentes masses. Or, les lois susceptibles d'être appliquées ne leur attribuent pas la même situation. Les unes les considèrent comme situées au domicile du débiteur (1). Les autres les réputent situées au domicile du créancier (2). La répartition risque donc d'être très difficile. Par contre, si la faillite est unique, il n'y a qu'une seule masse et la détermination de l'actif ne pose plus de problème.

La concentration de la procédure facilite également le travail du syndic. Toute faillite comporte une phase préparatoire. Il faut rassembler tous les éléments qui permettent d'aboutir à une solution juste et satisfaisante. Cette mission est dévolue au syndic qui doit évaluer l'actif, dresser la liste exacte des créanciers et l'état de ce qui leur est dû. Pour mener sa tâche à bonne fin, il doit obtenir un certain nombre de renseignements et il ne les trouve qu'en dépouillant les papiers et les livres du failli. Or, tous ces documents indispensables se trouvent au domicile principal du débiteur. Dès lors, si le jugement déclaratif n'est pas rendu par le tribunal de l'établissement central, le syndic nommé rencontre des difficultés très graves. Il peut demander en communication les documents qui lui sont nécessaires, mais il n'est pas assuré d'obtenir satisfaction. Et s'il se contente de prendre en considérations les papiers et livres trouvés dans les locaux de la succursale, il ne connaît qu'un aspect du problème et il peut commettre de graves erreurs. Par contre, si la faillite est prononcée par le tribunal du principal établissement, il n'y a qu'une seule procédure, qu'un seul syndic et tous les obstacles disparaissent.

Pour certains auteurs, cette simplification est cependant plus apparente que réelle (3). D'une part, la multiplicité des procédures ne présente des inconvénients que dans la mesure où les législations compétentes sont divergentes. Si les lois en vigueur dans les états où sont situés les biens du failli sont semblables, l'existence de plusieurs administrations ne pose pas de graves problèmes.

D'autre part, l'application d'une loi unique et la compétence d'un seul tribunal permettent peut-être d'éviter certaines difficultés mais

---

(1) Ce point de vue prévaut en droit français, Chambéry, 24 novembre 1909, D., 1910.II.68 : « ... une pratique aujourd'hui généralement suivie et maintes fois sanctionnée par la Cour de Cassation laquelle a constamment décidé que les actions et obligations des sociétés étaient sensées situées au domicile du débiteur ».

(2) Cette solution est retenue par la jurisprudence suisse, Tribunal fédéral suisse, 20 novembre 1906, *Clunet*, 1908, p. 927 : Le tribunal fédéral a posé comme principe que, « dans la mesure où elle n'est pas incorporée dans un titre, soit papier valeur une créance doit être envisagée au point de vue de la procédure d'exécution, comme se trouvant au domicile du créancier ».

(3) Pic, « De la faillite et de la liquidation judiciaire des sociétés commerciales en droit international privé », *Clunet*, 1892, p. 592 ; de Vareilles-Sommières, *Synthèse du droit international privé*, t. I, p. 305 ; Thaller, *Des faillites en droit comparé*, t. II, p. 343 et s. ; Ch. Valensi, *Répert. dr. int.*, de la Pradelle et Niboyet, t. VIII, V° Faillite, n°s 28 et 29 ; Conclusions de l'Avocat général Hémar, S., 1879.II.167 ; Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 353.

elles en suscitent d'autres. Tout d'abord, il est vain de croire que les lois en vigueur dans les états où se trouvent les biens du débiteur abdiqueront complètement devant la loi de la faillite. Dans plusieurs hypothèses, il sera nécessaire de les prendre en considération et, en particulier, pour les questions relatives à la propriété et aux sûretés réelles. La *lex rei sitae* peut toujours s'opposer à la constitution d'un droit ou à la transmission d'un bien lorsqu'elle n'admet pas le procédé utilisé. De ce fait, la juridiction saisie devra déterminer avec exactitude le domaine d'application de chaque législation et tenir compte d'une loi qu'elle connaîtra généralement fort mal. L'unité se trouve donc rompue et la tâche des juges devient plus délicate.

De plus, la théorie de l'universalité de la faillite ne résoud pas tous les problèmes posés par l'exécution d'un jugement étranger. La doctrine et la jurisprudence, dans leur ensemble, font une distinction entre les actes d'exécution et les simples actes conservatoires. Les premiers ne peuvent être accomplis que lorsque la décision étrangère a été déclarée exécutoire. Les seconds ne sont pas subordonnés à une décision d'exequatur. Mais si l'entente règne sur le principe, l'application est très délicate car la notion d'acte d'exécution varie selon les auteurs et les décisions jurisprudentielles. Cette dévision au sein des partisans de l'unité apparaît également lorsqu'il faut déterminer quel est le rôle dévolu au tribunal chargé de rendre la décision d'exequatur. Les uns lui reconnaissent un pouvoir de révision au fond. Les autres l'autorisent seulement à constater que le titre invoqué est bien un jugement. Comment soutenir, dès lors, que le principe de l'unité met fin à tous les obstacles susceptibles de se présenter ?

Ces critiques très pertinentes *a priori* ont, cependant, une valeur très inégale. La première objection, tout d'abord, ne vaut pas dans la majorité des cas. Si l'institution de la faillite existe dans la plupart des pays, les modalités d'organisation varient selon les états. Certaines lois limitent la faillite aux commerçants. D'autres l'étendent aux non commerçants. L'importance du dessaisissement n'est pas la même dans les différents pays. En règle générale, il porte sur les biens présents et à venir. En Allemagne, par contre, il ne frappe que les biens possédés par le débiteur à l'époque où la faillite a été prononcée. Ces quelques exemples permettent de comprendre combien la coexistence de deux administrations peut être dangereuse.

La seconde objection, par contre, est peut-être plus fondée mais elle n'est cependant pas déterminante. Il est incontestable que la théorie de l'universalité de la faillite ne permet pas de résoudre tous les problèmes qui se présentent. Il est même possible de soutenir qu'elle en crée. Si la faillite ne produisait des effets que sur le territoire où elle a été prononcée, le tribunal saisi ne serait pas obligé de prendre en considération une ou plusieurs lois étrangères et la question de la force exécutoire de la décision étrangère ne se poserait pas. Il ne faut pas oublier, cependant, qu'il est très difficile de proposer une thèse qui soit parfaite. L'unité de compétence législative présente des inconvénients mais il n'est pas prouvé d'une part, qu'ils sont insurmontables et, d'autre part, que les difficultés imputables à la thèse adverse soient moins nombreuses et moins graves.

Certains auteurs soutiennent en premier lieu, que le fait de tenir compte sur certains points de dispositions contenues dans les lois en vigueur sur le territoire où sont situés les biens du failli rompt toute unité. Cette critique n'est pas fondée. Il est difficilement imaginable que les partisans de l'universalité aient pu croire que la loi de la faillite serait applicable dans tous les cas. Ils ont sûrement pris conscience des conflits de lois possibles. Ils ont admis la compétence concurrente ou simultanée d'autres lois dans certaines hypothèses. Mais, il ne faut pas en déduire que ce recours à la loi étrangère enlève toute force et toute valeur à la thèse de l'unité. Elle permet d'harmoniser les rapports entre les différentes lois qui ont vocation à s'appliquer en assurant une répartition logique et cohérente des compétences. Le droit de la faillite tend essentiellement à assurer une équitable distribution de l'actif du failli entre tous les créanciers. Dans la mesure où la loi qui régit la faillite poursuit ce but, elle doit prévaloir sur toutes les autres dispositions législatives. Mais si elle se heurte à un intérêt supérieur, ou si elle dépasse le cadre de ses attributions normales, elle doit s'effacer devant la loi étrangère. Ainsi, la plupart des législations restreignent les droits des bénéficiaires de sûretés réelles lorsque le débiteur est déclaré en faillite. Les modalités d'application varient, toutefois, selon les états et certaines lois sont très restrictives. Dès lors, si la loi de la faillite est plus exigeante que la loi de situation des biens, elle doit l'emporter car elle est plus protectrice des droits des créanciers. Par contre, si elle est plus libérale ou si elle accorde aux bénéficiaires de sûretés certains droits qui ne sont pas reconnus par la *lex rei sitae* celle-ci est compétente. Il est donc erroné de soutenir que l'unité est rompue, puisque la loi qui régit la faillite est seule habitlitée à se prononcer lorsque l'intérêt des créanciers est en jeu. En définitive, la thèse de l'unité permet, en règle générale, à la loi de la faillite d'atteindre le but qu'elle poursuit sans porter trop gravement atteinte à la souveraineté de l'état étranger dans lequel elle est appliquée, puisqu'une certaine importance est accordée à la loi en vigueur sur ce territoire.

Il est objecté, toutefois, en second lieu, que le juge qui doit appliquer une loi étrangère risque, d'une part, de la connaître fort mal et, d'autre part, d'en donner une fausse interprétation. Cette critique était peut-être très juste à l'époque à laquelle elle fut formulée mais elle a perdu, de nos jours, une grande partie de sa valeur. Le développement des études comparatives est de plus en plus grand et il est relativement aisé de se procurer le texte et parfois même la traduction de dispositions législatives étrangères. Le tribunal qui doit tenir compte d'une loi étrangère peut donc déterminer assez facilement le sens et le domaine d'application de celle-ci.

Les adversaires de la théorie de l'unité de la faillite font enfin remarquer, en troisième lieu, que les prétendus avantages attribués à cette thèse sont très relatifs puisque le problème principal de l'exequatur n'est pas résolu de la même manière par tous les auteurs et dans toutes les décisions jurisprudentielles. Ces divergences de vue doctrinales et jurisprudentielles sont très regrettables, il faut en convenir. Elles portent préjudice au rayonnement de la théorie de l'universalité.

Il faut noter, cependant, que cet obstacle n'est pas insurmontable. Au sein de ces opinions divergentes, une tendance dominante peut être décelée. Il ne faut donc pas rejeter la théorie de l'universalité de la faillite parce qu'il n'y a pas un accord total sur les modalités d'application. Il importe plutôt de tenter d'arriver à une entente en prenant comme point de départ la conception dominante.

L'unité de compétence législative ne permet donc pas de résoudre tous les problèmes que peut soulever le règlement d'une faillite internationale. Elle a, cependant, le grand avantage de simplifier, de clarifier certains points et de ne pas donner naissance à des situations inextricables. Mais ce n'est pas le seul intérêt qu'elle présente puisqu'elle est également économique et permet d'obtenir une solution rapide.

## § 2. — LA FAILLITE UNE ET UNIVERSELLE RÉPOND A UN SOUCI D'ÉCONOMIE ET DE RAPIDITÉ (1)

L'unité de la faillite permet tout d'abord d'éviter des frais multiples. La pluralité des procédures entraîne l'organisation de plusieurs administrations et nécessite plusieurs vérifications des créances. Elle suppose également la nomination et la rémunération de plusieurs syndics. Les charges sont très lourdes. L'actif qui doit être partagé entre tous les créanciers est diminué d'autant. La concentration de la procédure est donc beaucoup moins onéreuse puisqu'il n'y a qu'une seule administration, qu'un seul syndic et qu'une seule vérification.

La prononciation de la faillite par un tribunal unique permet également aux créanciers d'obtenir satisfaction plus rapidement. S'il existe des procédures multiples, toutes les faillites ne sont pas déclarées à la même date. Certaines sont mêmes parfois prononcées avec beaucoup de retard. De plus, même si les différents jugements déclaratifs sont rendus à la même époque, il faut coordonner les procédures pour éviter des solutions injustes. Les syndics doivent se rencontrer et se communiquer certains documents. Dès lors, s'il règne une certaine mésentente entre eux, les créanciers ne percevront des dividendes que très tardivement. Tous ces inconvénients disparaissent lorsqu'il n'y a qu'un seul syndic. Dans ce cas, la répartition de l'actif s'opère, en règle générale, dans des délais beaucoup plus brefs.

Quelques auteurs ont cependant refusé d'admettre que la théorie de l'unité permettait de réduire les frais et présentait des avantages évidents de rapidité (2). Selon ceux-ci, la concentration de la procédure évite peut-être de prononcer plusieurs jugements déclaratifs mais le nombre des instances ne varie pas puisque le jugement ne peut être déclaré exécutoire dans les différents états où sont situés les biens du failli que dans la mesure où une décision d'exequatur a été rendue.

---

(1) SURVILLE, *op. cit.*, n° 515, p. 642 ; ROLLIN, « Conflits de lois en matière de faillite », *Recueil des Cours, Académie de droit international*, 1926, t. IV ; WEISS, *op. cit.*, t. VI, p. 228 ; VALÉRY, *Manuel de droit international privé*, 1914, n° 935, p. 1295.

(2) DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, t. I, p. 302 et 305 ; Conclusions de l'Avocat général Hémar, S., 1879.II.167.

De plus, l'existence d'une seule administration et la nomination d'un seul syndic ne permettent pas de réaliser des économies très importantes. Celles-ci sont absorbées par les frais de déplacements de ce syndic qui doit résoudre sur place certains problèmes. Le système de l'unité oblige également les créanciers qui veulent obtenir satisfaction à revendiquer leurs droits très loin. Ils doivent effectuer des déplacements très onéreux qui diminuent leurs chances de percevoir l'intégralité des sommes qui leur sont dues. Enfin, il n'est pas certain que ce principe de l'unité permette d'obtenir une solution plus rapide. Certes, le syndic nommé dispose de tous les documents qui lui sont nécessaires mais la tâche qui lui incombe est très lourde. Il doit assumer seul un travail qui est réparti entre plusieurs syndics lorsque la faillite est territoriale. De même, pour résoudre certains problèmes, il doit connaître les circonstances particulières à chaque état qui ont entraîné la cessation des paiements du débiteur. Ne risque-t-il pas dans ce cas de perdre un temps considérable à se livrer à des enquêtes et à des recherches qui sont parfois très difficiles à mener en raison de l'éloignement et des langues différentes ?

Ces diverses critiques ne sont pas toutes fondées. Il est peu probable, en effet, qu'une instance en vue d'obtenir l'exequatur soit aussi onéreuse que le déroulement complet d'une procédure de faillite et que les frais causés par les déplacements du syndic puissent être comparés à ceux entraînés par la rémunération de plusieurs syndics. De même, si incontestablement la concentration de la procédure oblige les créanciers à faire certaines dépenses, cette objection ne doit pas, cependant, être prise en considération. La pluralité des faillites ne réduit pas mais augmente ces frais. Les créanciers doivent effectuer non pas un mais plusieurs déplacements, s'ils produisent dans toutes les faillites qui ont été prononcées. Enfin, il ne faut pas comparer le retard dû aux difficultés rencontrées par le syndic à celui causé par la multiplicité des procédures.

Le système de l'unité et de l'universalité de la faillite permet donc, en règle générale, de réduire les dépenses et d'aboutir plus rapidement à une solution. Il ne présente pas, cependant, seulement des avantages d'ordre pratique. Il s'impose également, comme nous l'avons déjà fait observer pour des raisons d'ordre juridique. L'intérêt présenté par ce principe n'a pas, toutefois, réussi à vaincre la réserve et la méfiance de la plupart des Etats qui perdent une partie de leurs droits lorsqu'il prévaut. Aussi, seul un abandon librement consenti par certains pays qui ont conclu des accords en ce sens a permis à ce système d'avoir un certain rayonnement.

## Section III. — La théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite est consacrée par le droit conventionnel

L'étude des conventions qui ont organisé une réglementation internationale de la faillite permet de déceler une double orientation et de les classer en deux groupes. Les unes se caractérisent par la multiplicité des états représentés. Il faut ranger dans cette catégorie le Projet de la cinquième conférence de droit international privé de La Haye, le Code Bustamante, l'Union Scandinave de droit international privé. Les autres, tels que les traités franco-suisse du 15 juin 1869, franco-belge du 8 juillet 1899, hollando-belge du 28 mars 1925, franco-italien du 3 juin 1930 et franco-monégasque du 13 septembre 1950 sont des accords bilatéraux (1).

Il est permis de se demander immédiatement quelle est la formule la meilleure. *A priori*, il semble que le premier système soit préférable. Il assure un développement plus rapide du principe de l'unité. Il étend le domaine d'application de cette réglementation internationale de la faillite. Ces avantages certains ne permettent pas, cependant, de compenser les inconvénients présentés par un tel procédé (2). D'une part, le grand nombre des participants n'est pas compatible avec un engagement complet de chaque état. Les délégués connaissent mal ou ne connaissent pas du tout les législations des autres pays contractants. Cette lacune suscite chez eux une certaine méfiance car ils craignent que l'application internationale de certaines disposi-

(1) La convention conclue entre la France et la Sarre, relative à l'établissement des ressortissants des deux pays et à l'exercice de leurs activités professionnelles, signée à Paris le 3 mars 1950 et publiée par décret du 20 mars 1951 (*J.O.* du 23 mars 1951) appartenait également à la catégorie des accords bilatéraux qui consacrent la théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite. Aux termes de l'article 23 du Titre III de la convention « le tribunal compétent en matière de faillite ou de liquidation judiciaire sera :

1. pour les personnes physiques, celui du principal établissement ;
2. pour les personnes morales, celui du siège social ».

Et l'article 24 précise « que les effets de la faillite ou de la liquidation judiciaire déclarée dans l'un des deux pays par le tribunal compétent aux termes de l'article précédent s'étendront au territoire de l'autre pays.

Le ou les syndics ou curateurs pourront, en conséquence du jugement ou de la décision qui les aura nommés, exercer, dans les deux pays, toutes actions comme représentants du failli ou de la masse et notamment requérir des autorités de chacun des deux pays toutes mesures provisoires ou conservatoires. Toutefois, il ne pourra être procédé à des actes d'exécution qu'après exequatur de la décision ou du jugement déclaratif de faillite ou de liquidation judiciaire » (texte de la convention, *Clunet*, 1952, p. 392). Ces dispositions ne sont plus actuellement appliquées en vertu du traité franco-allemand du 27 octobre 1956 sur le règlement de la question sarroise, publié par décret du 7 janvier 1957 (*J.O.*, 10 janv. 1957) ; cf. PONSARD, *Jur. class. dr. intern.*, 5e vol., fasc. 568, n° 121.

(2) PERCEROU et DESSERTEAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2e éd., 1938, t. III, n° 1739, p. 282.

tions législatives soulève des difficultés qu'ils n'ont pas pu prévoir. Mais, comme ils ne veulent pas que la session ou la conférence se termine sans qu'un projet d'accord ou une convention soit signé, ils recourent à des solutions de fortune. Ainsi, ils peuvent proposer un texte qui laisse dans l'ombre toutes les questions sur lesquelles il a été impossible de trouver une entente. On se trouve alors en présence d'un traité qui dégage un principe général qui risque de demeurer lettre morte car les modalités d'application ne sont pas déterminées. Les juridictions de chaque pays peuvent, toutefois, tenter de les préciser mais généralement les solutions obtenues sont très diversgentes. Pour éviter cet écueil les rédacteurs de la convention peuvent être également plus précis, mais insérer, en contre-partie, des réserves basées sur des considérations d'ordre public. Ce système n'est pas meilleur. Aucune définition de la notion d'ordre public n'a été donnée. La conception varie selon les époques et les circonstances (1). Dès lors, un traité qui autorise les signataires à ne pas se conformer à la règle établie en faisant valoir des raisons d'ordre public perd beaucoup de sa valeur et de son importance. En effet, un Etat peut toujours renier ses engagements au nom de l'ordre public, lorsque l'application de la convention est susceptible de lui être défavorable.

Aussi, pour éviter ces invonvénients, il est plus sage de procéder par la voie d'accords bilatéraux. Certes, l'idée d'universalité risque de progresser plus lentement mais la conclusion de tels traités offre plus de garanties. Lorsque le nombre des contractants est limité, il est plus aisé de déterminer quels sont habituellement les points de friction. De même, tous les traités n'ont pas la même forme et il est possible de déceler quelle est la formule la meilleure. Ainsi enrichis par ces expériences, les Etats pourront par la suite élaborer une convention générale qui sera effectivement appliquée.

Il ne suffit pas, cependant, de porter une appréciation critique sur les différents systèmes d'accords conclus. Il est nécessaire également de déterminer les avantages et les inconvénients présentés par chacun d'eux, qu'il apparaisse comme une convention générale ou comme un accord bilatéral.

---

(1) Bartin, *Principes de droit international privé*, t. I, p. 258, § 97 ; Niboyet, *Traité de droit international privé*, t. III, n° 1030 ; Cass. civ., 22 mars 1944, S., 1945.I.77, Rapport Lerebours-Pigeonnière, note Niboyet ; Paris, 22 février 1957, *J.C.P.*, 1957.II.10052 note J. Mazeaud, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 84, note Loussouarn.

## Sous-section I. — Les conventions générales

### § 1. — LE PROJET ÉTABLI PAR LA CINQUIEME CONFÉRENCE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA HAYE (1)

Ce projet de traité a, tout d'abord , le mérite de consacrer le principe de l'universalité et de ne pas le limiter aux commerçants. L'article 1er alinéa 1er indique, en effet, que : « la déclaration de faillite prononcée dans l'un des états contractants par le tribunal compétent aux termes de l'article 2 est reconnue et produit ses effets dans les autres états contractants de la manière et dans la mesure déterminées par les articles suivants ».

Il faut noter également que les auteurs du projet n'ont pas établi un lien de dépendance entre l'universalité de la faillite et la nationalité du débiteur puisque l'article 16 déclare que « la présente convention s'applique aux faillites déclarées dans l'un des états contractants par le tribunal compétent d'après l'article 2, quelle que soit la nationalité du débiteur ».

L'article 2 précise, toutefois, que » pour qu'une faillite déclarée dans l'un des états contractants produise ses effets dans les autres états contractants, il faut qu'elle ait été déclarée par un tribunal de l'état où se trouve le principal établissement industriel ou commercial du débiteur ou, si cet établissement n'a pas à être pris en considération d'après la loi du pays où la faillite a été déclarée, par un tribunal de l'état où se trouve le domicile du débiteur ; s'il s'agit d'une société ou association, il faut que la faillite ait été déclarée par un tribunal de l'état où se trouve le siège social établi sans fraude ni fiction ».

Enfin, les rédacteurs ont subordonné très normalement, l'effet extraterritorial de la faillite à l'obtention d'un exequatur mais ils ont eu le grand avantage de préciser, dans l'article 4 que cette exigence ne vaut que pour les actes d'exécution (2).

Ce projet de traité constitue donc un progrès sur certains points. Il présente, cependant, de graves lacunes. Ainsi, les rédacteurs n'ont pas été aussi libéraux qu'il serait permis de le croire *a priori*, en lisant l'article 1er alinéa 1er. L'alinéa 2 apporte immédiatement des

---

(1) Texte de ce projet, PERCEROU et DESSERTEAUX, *op. cit.*, 2e éd., 1938, t. III, p. 325 ; Critique par TRAVERS, « Le projet de traité concernant la faillite », *Rev. dr. int. pr.*, 1925-1926, p. 220.

(2) Article 4 du projet de la cinquième conférence de droit international privé de La Haye : « les effets de la faillite déclarée dans un état contractant, par le tribunal compétent aux termes de l'article 2, s'étendent aux territoires des autres états contractants.

Le syndic peut, en conséquence, prendre toutes mesures conservatoires ou d'administration et exercer toutes actions comme représentant du failli ou de la masse. Il ne peut, toutefois, procéder à des ventes d'immeubles ou à des actes d'exécution forcée que si le jugement déclaratif de faillite a été revêtu de l'exequatur ».

restrictions en indiquant que « chaque état contractant a le droit de déclarer qu'il entend borner les effets de la convention au cas où le débiteur est commerçant ». C'est l'exemple typique de réserve qui enlève à un accord une partie de sa portée. De même, comme le fait remarquer Travers (1), seul le terme de faillite est employé dans les articles du projet de convention. Il est permis de s'interroger sur la signification de l'utilisation exclusive de ce mot. Faut-il en déduire que toutes les institutions analogues qui remplacent, atténuent ou aggravent la faillite de droit commun n'ont pas été prises en considération et sont dépourvues de toute portée extraterritoriale ? Il faut regretter également que les rédacteurs tout en précisant que l'exequatur n'est nécessaire que pour les actes d'exécution, n'aient pas donné une définition précise de ce terme. En effet, il semble que ce principe soit admis généralement par le droit commun et que le principal point d'achoppement soit justement le sens qui doit être donné à ce terme. L'interprétation proposée par les juridictions varie selon les états et au sein d'un même état, selon les tribunaux. De ce fait, il aurait été très sage de profiter de cette réunion de représentants d'états pour tenter d'élaborer une définition générale qui aurait mis fin à toutes les divergences actuelles. Enfin, et c'est peut-être le plus grave reproche qui doit être formulé, les rédacteurs ont inséré dans le texte la réserve du respect de l'ordre public.

## § 2. — LE CODE BUSTAMANTE

Ce code a été voté le 13 février 1928 par la plupart des Etats de l'Amérique. La solution qu'il préconise mérite d'être signalée car il consacre un système hybride s'inspirant à la fois de l'universalité et de la territorialité de la faillite. « Si la personne, en déconfiture ou en faillite, n'a qu'un domicile civil ou commercial, il ne peut y avoir qu'une seule procédure d'insolvabilité, ou de faillite, qu'une suspension de paiements ou qu'un concordat pour tout son actif et tout son passif dans les états contractants » (art. 414). Si, par contre, « une même personne ou société a, dans plus d'un état contractant divers établissements de commerce entièrement séparés économiquement, il peut y avoir autant de procédures de faillite qu'il y a d'établissements commerciaux » (art. 415).

## § 3. — L'UNION SCANDINAVE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ : CONVENTION N° 4 SUR LA PROCÉDURE DE FAILLITE DU 7 NOVEMBRE 1933 (2)

Comme le projet établi par la cinquième conférence de droit international privé de La Haye et comme le Code Bustamante ce traité

(1) Travers, *op. cit.*, *Rev. dr. int. pr.*, 1925-1926, p. 223.

(2) Vigo Beutzen, « L'union scandinave de droit international privé », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1934, p. 870.

conclu entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Suède et la Norvège, consacre le principe de l'universalité de la faillite. Aux termes de l'article 1er de la convention « une procédure de faillite, ouverte dans l'un des Etats contractants, étend aussi ses effets aux biens, appartenant au failli dans les autres Etats ». Mais la portée extra-territoriale de la faillite est liée à la prononciation de cette mesure par le tribunal du domicile. Cette règle générale ne rend pas, toutefois, impossible l'existence de procédures accessoires et parallèles. En effet, l'article 13 précise que « si le tribunal ou le juge, qui a déclaré la faillite, a basé sa compétence sur une circonstance autre que le fait que le débiteur a ou a eu, avant sa mort, son domicile dans le pays ou qu'une société, association, ou fondation y a son siège, ce faits sera déclaré dans le jugement. S'il en est ainsi, la présente convention n'est pas applicable à la faillite et la faillite peut se poursuivre sans empêcher qu'une faillite soit prononcée ultérieurement dans un autre Etat contractant ». Enfin, il faut noter que ce traité peut être comparé, sur certains points, au projet de la cinquième conférence de droit international privé de La Haye. Il ne limite pas son domaine d'application à la faillite des commerçants. Mais il a le grand avantage sur le projet établi à La Haye de ne comporter aucune réserve qui autoriserait l'un des pays signataires à ne pas admettre l'extension de la convention à la faillite des non-commerçants. Cette question n'a d'ailleurs pas dû soulever des difficultés puisque tous les Etats qui ont ratifié ce traité reconnaissent la faillite civile.

## Sous-section II. — Les accords bilatéraux

### § 1. — LE TRAITÉ FRANCO-SUISSE DU 15 JUIN 1869 (1)

Cette convention se caractérise par l'emploi de formules défectueuses qui, interprétées littéralement pourraient entraîner des conséquences désastreuses. L'article 6 alinéa 1er dispose en effet, que « la faillite d'un Français ayant un établissement de commerce en Suisse, pourra être prononcée par le tribunal de sa résidence en Suisse, et réciproquement, celle d'un Suisse, ayant un établissement de commerce en France, pourra être prononcée par le tribunal de sa résidence en France ». L'emploi des termes « pourra » et « résidence » soulève immédiatement des difficultés. Il est permis de se demander si cet article 6 alinéa 1er, pris à la lettre, ne consacre pas la thèse de la pluralité des faillites. De fait, ce texte ne signifie-t-il pas que le tribunal du lieu de la résidence a, certes, la possibilité de prononcer la faillite, mais que ce droit peut être également reconnu à d'autres juridictions et, en particulier, au tribunal national du débiteur ? Cette solution semble, *a priori*, acceptable. Il ne faut pas, cependant la retenir, car elle est contraire à l'intention des rédacteurs. Ceux-ci ont voulu faire triompher

(1) Texte de ce traité, Percerou et Desserteaux, *op. cit.*, t. III, p. 314.

le principe de l'universalité de la faillite (1). Ils ont précisé dans les alinéas 2 et 3 de l'article 6 que « la production du jugement de faillite dans l'autre pays donnera au syndic... le droit de réclamer l'application de la faillite aux biens meubles et immeubles que le failli possèdera dans ce pays » et que, « en ce cas, le syndic pourra poursuivre contre les débiteurs, le remboursement des créances dues au failli ». Aussi, pour éviter de donner une interprétation erronée de la pensée des auteurs du traité, il est préférable de se détacher du texte de l'article 6 alinéa 1er et de supposer que le mot « résidence » a été utilisé comme synonyme de domicile (2).

Si une étude approfondie de la convention franco-suisse permet d'affirmer qu'elle consacre la thèse de l'universalité, il n'en demeure pas moins qu'il est parfois difficile de déterminer avec précision quelles sont les hypothèses dans lesquelles cette règle doit prévaloir. Certes, il est incontestable que ce principe doit triompher lorsqu'un Suisse ou un Français a été déclaré en faillite dans l'Etat dont il n'est pas ressortissant mais où il possède un établissement de commerce. La jurisprudence l'a maintes fois précisé. Le Conseil Fédéral de Berne s'est prononcé en ce sens, le 20 janvier 1875 lorsqu'il a déclaré « que cette disposition (l'article 6 du traité franco-suisse) a pour but essentiel d'assurer l'unité de la faillite dans l'intérêt des créanciers et d'une liquidation prompte et économique de l'établissement de commerce atteint par la faillite ». Et cette idée a été développée plusieurs fois dans des décisions plus récentes (3).

L'interprétation de l'article 9 de la convention franco-suisse du 15 juin 1869 soulève, par contre, des difficultés. Les rédacteurs y ont simplement précisé que « la faillite d'un étranger établi, soit en France, soit en Suisse, et qui aura des créanciers français ou suisses, et des biens situés en France ou en Suisse, sera, si elle est déclarée dans l'un de ces pays, soumise aux dispositions des articles 7 et 8 », c'est-à-dire aux dispositions du traité relatives aux actions en dommages, restitution et au cas de concordat. Dans le silence de ce texte plusieurs

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 5e éd., 1936, t. VIII, n° 1314 ; Ch. Valensi, *op. cit.*, V° Faillite, n° 561 ; Pillet, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, p. 200 ; Travers, *Le droit commercial international*, Vol. VII, fasc. II, n° 11703 ; Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 354 ; Contuzzi, « De la nécessité d'assurer aux étrangers le même traitement qu'aux nationaux dans la répartition des produits de la faillite », *Clunet*, 1892, p. 1116.

(2) Ch. Valensi, *op. cit.*, V° Faillite, n° 565 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1315, p. 843 ; ce point de vue a été admis par les jurisprudences française et suisse : Cass., 17 juillet 1882, *Clunet*, 1882, p. 369, commentaire Bernard ; Rouen, 14 juin 1883, *Journ. faill.*, 1884, p. II ; Trib. com. Genève, 5 février 1891, *Clunet*, 1893, p. 240 ; Cour de Genève, 28 novembre 1908, *Clunet*, 1910, p. 298.

(3) Conseil fédéral de Berne, 20 janvier 1875, D., 1875.II.169 ; Tribunal civil de Genève, 30 novembre 1927, *Rev. dr. int. pr.*, 1927-1928, p. 689 ; Tribunal fédéral suisse, 23 juin 1927, *Rev. dr. int. pr.*, 1927-1928, p. 344, « Le traité franco-suisse du 15 juin 1869 apporte une dérogation à la règle de droit commun suivant laquelle la faillite ouverte à l'étranger ne met pas à néant les poursuites dirigées en Suisse, contre le failli. L'article 6 consacre, en effet, dans les relations entre les deux pays, le principe de l'unité de la faillite » ; Tribunal fédéral suisse, 27 octobre 1933, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1935, p. 419.

auteurs ont estimé que la règle de l'universalité de la faillite devait être restreinte à l'hypothèse littéralement prévue par l'article 6, alinéa 1er. Et ils ont proposé plusieurs arguments pour justifier leur point de vue (1). Ils font remarquer tout d'abord, que l'article 9 renvoie aux articles 7 et 8 et non à l'article 6 qui consacre la thèse de l'universalité. Ils y voient également un souci de respecter la compétence du tribunal de l'état dont le commerçant étranger est ressortissant, surtout lorsque son principal établissement est situé dans ce pays. Ils soulignent que cette personne étrangère peut appartenir à un état qui a conclu avec la France ou la Suisse, un traité qui réglemente les conséquences de la faillite et que les dispositions contenues dans cet accord peuvent être différentes de celle édictées par la convention franco-suisse.

Ces objections ne sont pas, cependant, déterminantes. En premier lieu, comme le fait observer le tribunal fédéral suisse qui a estimé le 9 décembre 1932 que la thèse de l'universalité devait prévaloir dans l'hypothèse prévue par l'article 9 « l'article 6 du traité a pour base le principe général selon lequel les jugements prononçant la faillite qui ont été rendus dans l'un des Etats contractants doivent être exécutés dans l'autre Etat, en conformité des dispositions spéciales du traité. Partant de ce point de vue, on ne peut nullement admettre que l'article 6, alinéa 1er, ait pour but de restreindre dans la plus grande mesure, le principe ci-dessus rappelé : il n'énonce, au contraire, qu'une disposition sur la compétence pour prononcer la faillite, ainsi qu'il résulte de son texte même » (2). En second lieu, l'existence de conventions qui régissent les effets de la faillite ne constitue pas un obstacle insurmontable. La France n'a conclu que quatre accords en ce domaine, les conventions franco-suisse, franco-belge, franco-italienne et franco-monégasque. Les hypothèses où certains problèmes risquent de se poser seront donc relativement rares. En troisième lieu, enfin, comme le souligne Travers (3) l'article 9 « déclare l'article 8 applicable ; or, cet article affirme le principe d'universalité pour le concordat (4). Ce

---

(1) Anjay, *Etudes sur le traité franco-suisse*, n° 281, p. 356 ; Jacot, *La faillite dans les rapports de droit international privé de la Suisse*, § 60, p. 149 ; Pillet, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, p. 206.

(2) Tribunal fédéral suisse, 9 décembre 1932, *Clunet*, 1933, p. 766. Le tribunal fédéral suisse s'était montré plus sévère le 19 mars 1886, *Clunet*, 1887, p. 113. Aux termes de cette décision « l'omission de l'article 6 s'explique par le fait que l'extension absolue entre la France et la Suisse du principe de l'unité de la faillite d'un citoyen d'un tiers Etat pourrait soulever des difficultés quand sa faillite serait ouverte dans son pays, ainsi en dehors des deux états contractants ; et quand ainsi que dans l'espèce, ces difficultés ne sauraient exister, l'unité de la faillite de l'étranger doit être maintenue entre les deux Etats, comme le suppose la disposition de l'article 9 et le renvoi aux articles 7 et 8 ». Cette liberté d'appréciation laissée aux tribunaux en fonction de chaque espèce était regrettable car elle présentait des dangers pour les tiers. Pillet, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, p. 206, note 1.

(3) Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. II, n° 11764, p. 319.

(4) Article 8 de la convention franco-suisse de 1869 : « En cas de concordat, l'abandon fait par le débiteur failli des biens situés dans son pays d'origine et toutes les stipulations du concordat produiront par la production du jugement d'homologation, déclaré exécutoire, conformément à l'article 16, tous les effets qu'il aurait dans le pays de la faillite », cf. Pillet, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements* », p. 204.

point est décisif. On ne saurait concevoir l'idée de territorialité pour la faillite même et celle d'universalité pour une de ses solutions. L'universalité des effets du concordat implique celle des conséquences de la faillite ».

## § 2. — LE TRAITÉ FRANCO-BELGE DU 8 JUILLET 1899 (1)

Cet accord fut conclu trente ans après la signature de la convention franco-suisse. Ses auteurs se sont souvenus des difficultés soulevées par l'interprétation du traité franco-suisse et ils ont aussi tenu compte des critiques adressées à ce dernier. Ils se sont attachés à rejeter toute formule équivoque et à présenter un texte clair et bien rédigé.

L'article 8 de ce traité pose un double principe. Il consacre, d'une part, dans un Titre 1er, la thèse de l'unité de la faillite puisque « le tribunal du lieu du domicile d'un commerçant français ou belge est seul compétent pour déclarer la faillite de ce commerçant. Pour les sociétés commerciales françaises ou belges ayant leur siège social dans l'un des deux pays le tribunal compétent est celui de ce siège social » (2). Il affirme d'autre part, dans un Titre 2e, l'universalité du jugement déclaratif puisque « les effets de la faillite déclarée dans l'un des deux pays par le tribunal compétent d'après les règles qui précèdent s'étendent au territoire de l'autre (3).

Si l'article 8 a le mérite d'établir très clairement une double règle qui présente des avantages certains, il a, cependant, le grave tort d'apporter une restriction importante au principe de l'unité de la

---

(1) Texte de ce traité, PERCEROU et DESSERTEAUX, *op. cit.*, t. III, p. 316.

(2) La Cour de Paris dans un arrêt du 7 novembre 1962, *Gaz. Pal.*, 23-26 février 1963, a appliqué cet article 8 du traité franco-belge. Une société française avait été déclarée en faillite et le syndic soutenait que le tribunal français qui l'avait prononcée avait aussi compétence pour l'étendre à une société dont le siège social était en Belgique. Selon celui-ci, l'article 8 de la convention franco-belge du 8 juillet 1899, aux termes duquel le tribunal du siège social est seul compétent pour déclarer la faillite d'une société française ou belge, n'était pas applicable dans ce cas. L'extension de la faillite serait une institution entièrement différente de la déclaration de faillite et les auteurs de la convention de 1899 n'avaient pas pu envisager cette institution qui n'existait pas encore en France et qui n'est toujours pas prévue par le législateur belge.

La Cour de Paris n'a pas accepté cette solution. « Considérant que la procédure d'extension de faillite, introduite en application de l'article 446 du Code de commerce tend bien à la déclaration de la faillite de la personne contre laquelle elle est exercée ; que cette faillite ne se confond pas avec celle de la société et qu'elle porte sur un patrimoine différent ; qu'elle entre dès lors dans les prévisions de la convention franco-belge de 1899 qui est conçue en termes absolus et généraux et qui ne contient aucune restriction quant aux circonstances pouvant conduire à une déclaration de faillite ; qu'il importe peu dès lors, que la législation belge permette ou ne permette pas de déclarer la faillite dans le cas prévu à l'article 446 du Code de commerce ; ... reçoit la Compagnie Commerciale Kreclinger en son contredit, l'y dit bien fondée ; dit que le Tribunal de commerce de la Seine est incompétent pour connaître de la demande. » Cf. *Rev. trim. dr. com.*, 1964, p. 391 n° 8 ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1965, p. 127, note Weser ; *Rev. trim. dr. com.*, 1964, p. 391 et 536.

(3) Ces règles ont été appliquées par la jurisprudence belge et la jurisprudence française Gand, 15 mai 1907, *Journ. faill.*, 1907, p. 405 ; Amiens, 11 mars 1905, *Clunet*, 1906, p. 788.

faillite (1) en disposant dans l'alinéa 2 du titre 1er que « les commerçants des deux nations, dont le domicile n'est ni en France, ni en Belgique, peuvent être néanmoins déclarés en faillite dans l'un des deux pays s'ils possèdent un établissement commercial. Dans ce cas, le tribunal compétent est celui du lieu de l'établissement ». Certes cette disposition présente un intérêt au point de vue français. Avant la signature de cette convention, les juridictions françaises se reconnaissaient le droit de prononcer la faillite d'un débiteur français ou belge domicilié dans un autre état. Dans un esprit de conciliation les représentants français ont accepté de ne plus faire valoir ce droit lorsque le domicile du commerçant est situé en Belgique. Mais ils ont voulu limiter leurs concessions à cette hypothèse. Ils se sont réservés la possibilite de déclarer en faillite le commerçant ressortissant de l'un des deux états signataires dont le domicile n'est ni en France, ni en Belgique, s'il possède, en France un établissement commercial.

Toutefois, comme la jurisprudence belge n'avait jamais admis aucune dérogation au principe de l'unité les rédacteurs de la convention ont dû préciser que cette compétence subsidiaire n'est que facultative en employant les termes «peuvent être déclarés en faillite ». Ainsi, les juridictions belges ont toujours la possibilité de renoncer à s'en prévaloir.

Cet avantage obtenu par nos délégués nationaux ne permet pas cependant, de compenser les inconvénients présentés par cette solution. Cette exception à la règle de l'unité de la faillite est tout d'abord contraire aux grands principes qui doivent prévaloir lorsqu'un accord bilatéral est conclu. Les rédacteurs de ce genre de traité doivent s'attacher essentiellement à faire progresser le droit sur un point précis et, en l'espèce, il s'agissait de consacrer la règle de l'unité. Or, les auteurs de la convention franco-belge n'ont atteint que partiellement ce but, puisqu'ils ont inséré certaines réserves. Ils ont donc commis, sans excuse, la même erreur que celle qui peut être reprochée, en règle générale, aux rédacteurs d'une convention générale.

De plus, la mise en œuvre de l'article 8, Titre 1, alinéa 2, pose parfois de graves problèmes. Qu'advient-il lorsque le syndic de la faillite prononcée par le tribunal du domicile du débiteur entend faire produire à celle-ci certains effets en France ou en Belgique? Dans cette hypothèse, il est impossible de proposer une solution unique. Il faut rechercher si l'Etat du domicile a lui-même conclu un accord avec celui des deux pays (France ou Belgique) dans lequel on veut faire reconnaître la faillite déclarée par le tribunal du lieu de l'établissement. S'il existe une convention, seule la faillite principale doit être reconnue. S'il n'y a pas de traité la faillite secondaire doit prévaloir. Dans ce second cas, on se rend compte combien cette solution imposée par le traité franco-belge est irrationnelle et en contradiction avec les principes généraux de droit international. Aussi, pour éviter de tels inconvénients et pour que cette convention soit à l'abri de toute critique,

---

(1) Despagnet et De Boeck, *Précis de droit international privé*, 5e éd., n° 428, p. 1202 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 13245 ; Valensi, *op. cit.*, V° Faillite, n° 596 ; De Cock, *Etudes sur la convention franco-belge du 8 juillet* 1899, p. 162 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. 1, nos 11217 et s.

il aurait été préférable que les rédacteurs du traité n'insèrent pas dans celui-ci cette restriction.

## § 3. — LE TRAITÉ HOLLANDO-BELGE DU 28 MARS 1925

Cette convention présente de nombreux points communs avec celle conclue entre la France et la Belgique. D'une part, elle consacre, en des termes presque similaires, le principe de l'unité dans son article 20 alinéa 1er : « le tribunal du lieu du domicile d'un commerçant est seul compétent pour déclarer la faillite de ce commerçant. Pour les sociétés commerciales, ayant leur siège social dans l'un des deux pays, le tribunal compétent est celui de ce siège social ».

D'autre part, dans l'alinéa 2 de ce même article 20, elle prévoit, et il faut le regretter, la même exception que celle contenue dans l'article 8 , titre 1er, alinéa 2 du traité franco-belge : « sauf les exceptions résultant des conventions internationales, les commerçants dont le domicile n'est ni en Belgique, ni aux Pays-Bas peuvent être néanmoins déclarés en faillite dans l'un des deux pays s'ils y possèdent un établissement commercial. Dans ce cas, le tribunal compétent est celui du lieu de l'établissement » (1).

Si les ressemblances sont nombreuses entre ces deux conventions il n'en demeure pas moins que le traité hollando-belge possède certains caractères propres. Tout d'abord, il est plus extensif que l'accord franco-belge. En effet, il ressort des termes de l'article 20, alinéa 1er et 2, que les rédacteurs n'ont pas tenu compte de la nationalité du commerçant ou de la société. Ils ont pris essentiellement en considération la situation du domicile, du siège social ou de l'établissement. Celle-ci est suffisante pour rendre la convention applicable. De plus, si les auteurs de

---

(1) L'interprétation de cet article 20 du traité hollando-belge du 28 mars 1925 a plongé dans l'embarras le tribunal d'Amsterdam le 15 février 1957, *Clunet*, 1961, p. 902. Il s'agissait de la mise en faillite d'un débiteur, domicilié en Belgique, mais dirigeant ses affaires à Amsterdam. Aux termes de l'article 20, alinéa 1er, le tribunal du lieu du domicile du commerçant est seul compétent. Mais que faut-il entendre par « domicile », car cette notion n'a pas le même sens en Hollande et en Belgique. De ce fait, en l'espèce, le débiteur semblait n'avoir ni en Belgique ni aux Pays-Bas un domicile qui permette de le déclarer en faillite dans l'un ou l'autre des deux pays. Selon le droit néerlandais, il avait son domicile en Belgique où il avait sa résidence principale aux termes de l'article 74 du Code Civil néerlandais. Selon le droit belge, en matière de faillite il était domicilié aux Pays-Bas puisque son principal établissement, en sa qualité de commerçant, était censé se trouver dans la ville d'où, suivant les éléments de fait il dirige ses affaires. L'article 20, alinéa 1er, du traité néerlando-belge ne permettait donc pas au tribunal de déclarer la faillite.

L'alinéa 2 de cet article 20 ne donnait pas non plus de solution. Aux termes de cet alinéa 2, les commerçants dont le domicile n'est ni en Belgique ni au' Pays-Bas, peuvent néanmoins être déclarés en faillite dans l'un des deux pays, s'ils y possèdent un établissement commercial. Or, le commerçant en l'espèce, avait un domicile en Belgique et aux Pays-Bas. Mais ce domicile était, d'après le droit néerlandais, en Belgique et d'après le droit belge aux Pays-Bas. Le tribunal d'Amsterdam interpréta, dès lors, l'article 20 d'une manière assez particulière. Si un commerçant n'a, ni en Belgique ni aux Pays-Bas un domicile tel qu'il puisse être déclaré en faillite, la faillite pourra être prononcée dans le pays où il possède un établissement de commerce.

ce traité ont commis une erreur semblable à celle qu'ont faite ceux de la convention franco-belge en insérant certaines restrictions au principe de l'unité, ils ont, du moins, l'avantage d'avoir été plus précis. Ils ont pris le soin d'indiquer par l'emploi des termes « sauf les exceptions résultant des conventions internationales' » que ce droit ne peut être invoqué qu'en l'absence d'un accord conclu entre la Belgique, la Hollande et un état tiers. Enfin, ce traité en affirmant dans son article 21, alinéa 1er le principe de l'universalité de la faillite (1) constitue un grand progrès. Le droit hollandais s'était rallié à la thèse de la territorialité et cette tendance s'était manifestée dans de nombreuses décisions jurisprudentielles. Ainsi, les juges hollandais estimaient que la prononciation d'une faillite à l'étranger ne rendait pas impossible l'ouverture d'une seconde faillite en Hollande lorsque la cessation des paiements avait été constatée dans ce pays (2). Ils indiquaient également que la survenance d'une faillite dans un autre Etat ne suspendait pas toutes poursuites individuelles en Hollande (3). Ils déclaraient enfin que le syndic étranger ne disposait d'aucun droit ni d'aucun pouvoir sur le territoire hollandais (4). En acceptant de renoncer à se prévaloir de ce droit, les délégués hollandais qui ont ratifié le traité ont donc pris conscience de l'intérêt présenté par ce type d'accord qui permet de faire triompher dans un cadre limité un principe général contesté mais digne d'intérêt (5). Et leur effort est d'autant plus méri-

(1) Article 21, alinéa 1er : « Les effets de la faillite déclarée dans l'un des deux pays par le tribunal compétent en vertu de l'article 20 s'étendent au territoire de l'autre pays » ; à rapprocher de l'article 8 titre 2 de la convention franco-belge « Les effets de la faillite déclarée dans l'un des deux pays par le tribunal compétent d'après les règles qui précèdent, s'étendent au territoire de l'autre ».

(2) Cour de Cassation des Pays-Bas, 5 avril 1888, *Clunet*, 1888, p. 564, « Que la faillite, étant une saisie générale de tous les biens du débiteur, ordonnée par le juge, ne peut avoir effet là, où ce juge n'a pas d'autorité ; qu'il serait contraire à l'indépendance des différents Etats, si les juges étrangers étaient empêchés par là d'ordonner des mesures semblables, lorsque du reste ils sont compétents pour le faire et que les conditions requises existent ; que partant la faillite prononcée à Varsovie ne peut empêcher de déclarer le débiteur en faillite à Amsterdam, la cessation des paiements à Amterdam étant prouvée ».

(3) Trib. Arnheim, 6 décembre 1894 et 29 avril 1895, *Clunet*, 1897, p. 420 : « Quant à la validité des saisies — arrêts pratiquées par Y... le tribunal expose que, d'après l'article 771 du Code de commerce l'ouverture de la faillite fait perdre aux créanciers la faculté de poursuivre individuellement leur droit sur les biens du débiteur. Cet article ne vise cependant que les faillites ouvertes dans les Pays-Bas, et, par conséquent, les saisies-arrêts doivent être validées ».

(4) Trib. Maëstricht, 8 juin 1893, *Clunet*, 1898, p. 600 ; Trib. Amsterdam, 1er mars 1901, *Clunet*, 1903, p. 925 : « La faillite étant, d'après le droit allemand, une saisie générale comprenant tous les biens du failli, le jugement allemand déclaratif de faillite ne peut avoir d'effets hors la frontière. Partant, le syndic nommé par le juge allemand ne peut être considéré comme représentant du failli en Hollande. Le failli qui, dûment cité, ne comparaît pas lui-même, sera donc condamné par défaut, alors même que le syndic allemand a constitué avoué en sa qualité ».

(5) Il faut noter, d'ailleurs, que la jurisprudence hollandaise opère actuellement un revirement jurisprudentiel. La Cour de Cassation hollandaise a déclaré le 15 juillet 1955, *Clunet*, 1957, p. 478, que le but de la loi sur la faillite est d'ouvrir aux créanciers une action sur le patrimoine tout entier du débiteur. La loi néerlandaise est favorable à tous les créanciers, néerlandais ou étrangers, domiciliés ou non aux Pays-Bas, bien que naturellement le syndic voulant ester en justice à l'étranger y soit soumis au droit du for qui décide notamment dans quelle mesure une décision rendue en sa faveur par le juge néerlandais peut y recevoir exécution.

toire qu'ils n'ont pas inséré des réserves qui leur auraient permis d'échapper, au moins partiellement, à l'application de la convention.

## § 4. — LE TRAITÉ FRANCO-ITALIEN DU 3 JUIN 1930 (1)

Comme les autres traités, la convention franco-italienne établit en matière de faillite le double principe de l'unité et de l'université (2). Aux termes de l'article 20 le tribunal compétent pour la prononcer sera celui de l'Etat où se trouve le domicile du commerçant si le défendeur est une personne physique ou celui du pays où est situé le siège social si le défendeur est une personne morale. L'article 21 ajoute que « les effets de la faillite déclarée dans l'un des deux pays par une juridiction compétente d'après les règles de l'article précédent s'étendent au territoire de l'autre ».

Mais contrairement aux autres conventions le traité franco-italien ne se contente pas de consacrer le principe de l'unité. Conscient des problèmes posés par la mise en œuvre des conventions précédentes les rédacteurs de ce traité ont essayé de ne pas commettre les mêmes erreurs. Dans ce but ils ont tout d'abord tenté de déterminer les différentes hypothèses qui seraient susceptibles de se présenter et dans chaque cas, afin d'éviter des divergences entre les deux Etats, ils ont donné une définition claire et précise de la notion de domicile en se référant à des conceptions communes aux législations italienne et française (3). Ils ont eu également l'heureuse initiative d'organiser une procédure d'arbitrage afin de prévenir les interprétations divergentes du traité (4). Enfin ils ont eu le grand mérite de ne prévoir

---

(1) Texte de ce traité, PERCEROU et DESSERTEAUX, *op. cit.*, t. III, p. 319.

(2) PERROUD, « La convention franco-italienne du 3 juin 1930 sur l'exécution des jugements », *Clunet*, 1934, p. 288 ; TRAVERS, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. II, n° 11835.

(3) Article 28 de la convention franco-italienne, « Le mot domicile tel qu'il est employé dans le présent titre, désigne :

1. Pour les majeurs jouissant de leur capacité, les mineurs émancipés, les majeurs auxquels est seulement imposée l'assistance d'un conseil pour l'accomplissement de certains actes, le lieu où se trouve le siège principal de leur affaire ;

2. pour les mineurs, le lieu du domicile du représentant légal ;

3. pour le majeur n'ayant pas l'administration de ses biens et le mineur non émancipé, orphelin de père et de mère, le lieu où l'administrateur des biens non tuteur a son propre domicile ;

4. pour la femme mariée, le lieu du domicile de son mari et, si le domicile du mari est inconnu ou si la femme est séparée de corps ou autorisée a avoir un domicile séparé, le lieu où se trouve le siège principal de ses affaires ;

5. pour les sociétés, le lieu où est établi le siège social ».

Cf. PERCEROU et DESSERTEAUX, *op. cit.*, t. III, p. 304.

(4) Article 37 de la convention franco-italienne : « Toutes les contestations qui s'élèveraient entre les hautes parties contractantes relativement à l'interprétation ou à l'application de la présente convention peuvent être soumises à l'arbitrage à la demande de l'une ou de l'autre de ces parties.

Dans ce cas chacune des parties contractantes nommera un arbitre et les deux arbitres ainsi désignés choisiront un surarbitre qui sera président. Les deux parties rédigeront un compromis précisant les questions de principe que les arbitres devront trancher au sujet de l'interprétation ou de l'application de la convention.

Les arbitres se réuniront sur le territoire de celui des Etats qui a demandé l'arbi-

aucune compétence subsidiaire, de n'insérer aucune restriction au principe de l'unité lorsque le domicile du débiteur ne se trouve ni en Italie ni en France. Certains auteurs ne partagent pas, cependant, ce point de vue. Ils estiment que dans cette hypothèse le tribunal compétent est celui de la résidence ou de la succursale (1). Cette solution n'est pas satisfaisante. Pourquoi ne pas interpréter le silence des auteurs du traité sur ce point comme une affirmation de leur volonté de faire triompher le système de l'unité dans toutes les hypothèses.

## § 5. — CONVENTION FRANCO-MONÉGASQUE DU 13 SEPTEMBRE 1950 (2)

Si les rédacteurs du traité franco- italien ont eu l'heureuse initiative de n'apporter aucune restriction au principe de l'unité de la faillite, les auteurs du traité franco-monégasque n'ont pas fait preuve du même libéralisme. Certes l'article 2 de cette convention consacre le principe de l'unité puisque « le tribunal compétent en matière de faillite ou de liquidation judiciaire sera :

1. pour les personnes physiques, celui du principal établissement;

2. pour les personnes morales, celui du siège social »,

et l'article 3, celui de l'universalité puisque « les effets de la faillite ou de la liquidation judiciaire déclarée dans l'un des deux pays par le tribunal compétent aux termes de l'article précédent, s'étendront au territoire de l'autre pays ». Mais les rédacteurs ont dérogé à ce principe de l'unité en précisant dans l'article 2, « qu'à défaut du siège social situé à Monaco ou en France, le tribunal compétent sera celui du principal établissement situé dans l'un ou l'autre de ces pays ». Il est à noter, cependant, que ces réserves insérées dans la convention sont plus limitées que celles prévues par les auteurs du traité franco-belge du 8 juillet 1899. Elles ne concernent que les commerçants, personnes morales (3).

La consécration du principe de l'unité et de l'universalité de la faillite par plusieurs conventions diplomatiques, générales ou bilatérales, n'a, cependant, pas convaincu une partie de la doctrine qui défend toujours le système de la territorialité.

---

trage. La sentence arbitrale sera définitive et obligatoire. Elle ne pourra porter atteinte à des droits acquis en vertu de décisions judiciaires passées en force de chose jugée ».

(1) PERCEROU et DESSERTEAUX, *op. cit.*, t. III, n° 1752.

(2) Convention franco-monégasque du 13 septembre 1950, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1953, p. 439.

(3) Article 8, titre 1er, alinéa 2, de la convention franco-belge : « Les commerçants des deux nations, dont le domicile n'est ni en France ni en Belgique, peuvent être néanmoins déclarés en faillite dans l'un de ces deux pays, s'ils possèdent un établissement commercial. Dans ce cas, le tribunal compétent est celui du lieu de l'établissement. »

## CHAPITRE II

# LA THÉORIE DE LA PLURALITÉ ET DE LA TERRITORIALITÉ DES FAILLITES

Une faillite ne peut entraîner des effets en dehors des frontières de l'Etat où elle est prononcée. Elle doit être organisée dans tous les pays où le commerçant, personne physique ou morale, possède un établissement secondaire ou des avoirs. Toutes les procédures se déroulent parallèlement. Elles sont régies par la *lex fori* et les syndics n'ont pas le droit d'agir hors de l'état où ils ont été nommés. Seuls les créanciers pouvant faire valoir des engagements pris par un établissement ont le droit de produire à la masse formée à ce centre si le système de la territorialité est total. Ils ont, par contre, la possibilité de revendiquer leurs droits dans toutes les masses si la notion de territorialité est atténuée. Enfin lorsque les biens du failli ont été distribués entre tous les créanciers chaque état donne une solution propre à la faillite et celle-ci est territoriale.

Pour justifier cette théorie les tenants de la thèse territorialiste suivent le même processus de raisonnement que les partisans du principe de l'unité. Ils s'attachent à montrer que leurs système s'impose pour des raisons d'ordre juridique et qu'il présente des avantages pratiques.

## Section I. — La théorie de la territorialité se justifie juridiquement

Selon les partisans de la pluralité cette doctrine est étroitement liée à l'idée de l'indépendance des nations d'une part, elle est conforme à la nature de la faillite et au but que poursuit cette institution, d'autre part.

## Sous-section I. — La territorialité et le principe de l'indépendance des souverainetés

Une idée primordiale domine le droit international privé. Puisqu'il n'existe pas un droit supranational qui s'imposerait aux autorités et aux juridictions de tous les Etats, ces Etats ne peuvent pas accepter d'abdiquer leur souveraineté. La conséquence logique de ce principe est le triomphe de la territorialité des lois. Dans chaque pays, la loi locale doit régir tout rapport de droit formé sur le territoire et la loi étrangère n'a vocation à s'appliquer que dans des hypothèses exceptionnelles lorsqu'il s'agit, par exemple, d'une question d'efficacité internationale des droits définitivement constitués (1).

Si cette règle générale doit prévaloir dans le règlement international de la faillite il est normal qu'une procédure de faillite soit organisée dans chaque Etat. Tout d'abord lorsqu'une société a des succursales disséminées sur plusieurs territoires, les tribunaux du pays où est situé cet établissement secondaire n'ont pas à s'incliner devant le jugement rendu par la juridiction du lieu du domicile. D e plus, puisque c'est la loi qui règle les conséquences de la faillite, celle-ci ne peut produire qu'un effet territorial puisque les lois sont territoriales (2).

Ces arguments ne sont pas convaincants. D'une part si le principe de l'indépendance des souverainetés est une règle qui est très souvent appliquée, il n'en demeure pas moins qu'il existe certains domaines où elle ne doit pas être prise en considération. Lorsqu'il existe un péril qui menace des individus dispersés dans plusieurs états, ceux-ci ont intérêt à se grouper pour essayer de faire face à ce danger qui risque de frapper leurs ressortissants. Une défense organisée permet généralement d'obtenir de meilleurs résultats. Or, la faillite internationale n'apparaît-elle pas comme l'exemple type où doit triompher cette solidarité interétatique ? Les biens du commerçant failli disséminés sur plusieurs territoires ont très souvent une valeur inégale. Dès lors si la thèse de la pluralité des faillites, dans sa conception la plus parfaite, prévaut, certains créanciers locaux ou nationaux risquent de percevoir un dividende inférieur à celui qu'ils auraient reçu si tout l'actif du failli avait été distribué entre tous les créanciers, quelle que soit leur nationalité. Aussi pour éviter ces conséquences désastreuses il est préférable que les différents états collaborent au règlement harmonieux et équitable d'une situation qui les atteint tous. Cette collaboration effective n'est d'ailleurs pas synonyme d'abdication puisqu'elle n'est pas imposée mais acceptée. Les différents pays où le débiteur possède des biens se rendent compte qu'ils poursuivent tous le même but et que celui-ci ne peut être pleinement atteint que s'il existe une entente préalable. Ils acceptent de renoncer temporairment à certaines de leurs pré-

(1) Niboyet, *Traité de droit international privé*, t. III, n° 920 ; Louis-Lucas, « L'idée de réciprocité dans le règlement des conflits des lois », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1947, p. 18.

(2) Cour de Cassation Hollandaise, 5 avril 1888, *Clunet*, 1888, p. 564.

rogatives. Ils délèguent une partie de leurs pouvoirs à une autorité centrale qui s'emploie à régler l'affaire en tenant compte de l'intérêt général. D'autre part il ne faut pas oublier que le principe de la territorialité des lois n'est pas absolu. Il existe certaines exceptions à cette règle. Aussi avant de dénier tout effet extraterritorial à la faillite les partisans de la pluralité devraient établir que les lois qui régissent cette mesure doivent être classées dans la catégorie des lois territoriales et il n'est pas certain qu'ils puissent apporter cette preuve (1).

Il ne semble donc pas possible d'établir une relation entre l'idée d'indépendance des souverainetés et le système de la territorialité. Faut-il, par contre, accorder plus d'importance à la justification déduite de la nature de la faillite ?

## Sous-section II. — Le principe de la territorialité est conforme à la nature de la faillite

Il est étonnant, *a priori*, que les tenants de la pluralité des faillites trouvent dans la nature de cette mesure des arguments en faveur de leur thèse alors que les partisans de l'unité développent la même idée pour fonder leur système. Cet illogisme n'est, cependant, qu'apparent. La faillite est une institution très complexe. Les défenseurs de chaque théorie peuvent y trouver des justifications mais il ne faut pas en déduire qu'elles échappent toutes à la critique. Les pluralistes estiment que leur système découle de l'objet de la faillite d'une part, de la technique de celle-ci d'autre part.

### § 1. — LE PRINCIPE DE LA TERRITORIALITÉ ET LE RATTACHEMENT DE LA FAILLITE AU STATUT RÉEL

Il est certain que les opérations de la faillite concernent essentiellement les biens puisque c'est la réalisation de ceux-ci qui constitue l'objet de la procédure (2). Cette impossibilité pour le débiteur, par exemple, de gérer librement et d'aliéner ses biens, dès le jour du prononcé du jugement déclaratif tend à sauver du désastre général ce qui reste de l'actif. C'est une indisponibilité réelle fondée sur l'idée de présomption de fraude des actes du failli à l'égard de la masse. De même cette inopposabilité qui frappe certains actes préjudiciables passés durant la période suspecte cherche à rétablir dans son intégrité l'actif compromis par le débiteur. Enfin le but poursuivi par le législateur en suspendant les poursuites individuelles est d'empêcher tout

(1) Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. 1, n° 11037.

(2) De Vareilles-Sommières, *La synthèse du droit international privé*, t. I, n° 435, p. 265 ; Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, 6e éd., n° 1717, p. 1009.

gaspillage des biens du failli et d'éviter tout avantage particulier. Puisque par son objet la faillite concerne non la personne du débiteur mais son patrimoine, il serait logique d'en déduire, et plusieurs auteurs l'ont fait, qu'elle entre dans le statut réel et que, par conséquent, elle doit être territoriale.

Ce raisonnement n'est pas cependant accepté (1). Il faut s'en féliciter. Si les lois qui réglementent la faillite visent les biens il ne faut pas en conclure automatiquement qu'elles doivent être classées dans le statut réel. Si cette condition est nécessaire, elle n'est pas suffisante. Comme le fait observer Surville, par exemple, pour pouvoir appartenir à cette catégorie il faut qu'une loi « ait pour objet de réglementer directement les biens, de régler leur condition, l'organisation de la propriété et de ses démembrements, les droits dont on peut grever les biens et les modes de transmission qui s'y appliquent. Ce sont là des questions qui touchent à la constitution politique et économique d'un pays » (2). Or les lois sur la faillite ne poursuivent pas ce but. Elles tendent essentiellement à conserver au crédit chirographaire toute sa valeur, tout son intérêt en se montrant très dures à l'égard du débiteur et à maintenir une stricte égalité entre les créanciers. Il existe d'ailleurs d'autres actes ou d'autres dispositions législatives qui concernent les biens et dont les effets ne sont pas limités à un pays déterminé. Ainsi le contrat de mariage s'il règle les intérêts pécuniaires des époux n'en produit pas moins des conséquences en tous lieux et il n'y a aucune distinction à faire entre les effets relatifs aux immeubles et ceux propres aux meubles. Il ne faut pas, cependant, commettre la même erreur que les statutaires. Selon ceux-ci, si les lois qui réglementent la faillite n'appartiennent pas au statut réel, elles doivent rentrer dans le statut personnel. Il existe en effet une catégorie intermédiaire et les textes législatifs sur la faillite doivent être classés dans celle-ci (3).

Il n'est pas possible de reprocher simplement aux partisans du principe de la territorialité de ne pas donner à cette doctrine un fondement valable en déclarant que la faillite fait partie du statut réel. Ils sont également incapables de déterminer avec précision qu'elles sont les limites de cette territorialité. Les uns dénient tout effet à la décision étrangère aussi bien quant aux meubles que quant aux immeubles situés en France. Les autres estiment que ses effets doivent être limités aux meubles car les meubles considérés comme une universalité sont régis par la loi du domicile ou la loi nationale du propriétaire. Cette exception apportée au système de la territorialité est grave car l'actif du failli

---

(1) Surville, *Cours élémentaire de droit international privé*, 4e éd., n° 516.1., p. 646 ; Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2e éd., 1913, t. VI, p. 226 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 5e éd., 1936, t. VIII, n° 1238 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11030.

(2) Surville, *op. cit.*, N° 516.I, p. 646.

(3) De Boeck, note sous Cour de Cassation de Belgique, 23 mai 1889, D., 1891.II. 226 ; Rolin, *op. cit.*, p. 28 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1238 ; Aubry et Rau, *Droit civil français*, 4e éd., 1869, t. I, § 31, note 17, p. 85 ; Arminjon, *Précis de droit international privé*, 3e éd., 1947, t. I, n° 44, p. 88 ; Valensi, *Repert. dr. int.*, t. VIII, V° Faillite, n° 47.

ne comprend très souvent que des biens mobiliers. Ainsi en voulant défendre et justifier le système de la pluralité des faillites, certains auteurs arrivent, en définitive, à faire triompher le principe adverse.

Par l'objet sur lequel elle porte la faillite ne peut donc pas être rattachée au statut des biens et il est impossible d'en déduire qu'elle doit être territoriale. Peut-on, par contre, justifier cette règle en observant la technique qu'elle revêt ?

## § 2. — LA FAILLITE EST UN MODE D'EXÉCUTION ET LES LOIS LA CONCERNANT SONT DES LOIS DE PROCÉDURE (1)

La faillite apparaît comme une saisie en premier lieu, comme un mode de réalisation de l'actif du commerçant failli en second lieu. L'objet de

---

(1) 1° La doctrine : Percerou et Desserteaux, *op. cit.*, t. III, n° 1720 ; De Vareilles-Sommières, *op. cit.*, t. I, p. 265 et 297 ; Pillet, *Traité de droit international privé*, t. II, n° 773, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements* », p. 197 et 292 ; Niboyet, *Traité de droit international privé* », t. VI, p. 157, n° 1636 ; Kleintjes, cité par Jitta, *Annales de droit commercial*, 1890, p. 281 ; Kolher, *Annales de droit commercial*, 1886-1887, p. 101 ; Savigny, *Traité de droit Romain*, t. VIII, trad. Guenoux, p. 279.

2° La législation : l'article 9 de la loi italienne sur la faillite (Décret royal du 16 mars 1942, n° 267) consacre le principe de la territorialité en disposant, 1) la faillite est déclarée par le tribunal du lieu où l'entrepreneur a le siège principal de l'entreprise ; 2) si ce siège principal est situé à l'étranger, l'entrepreneur peut être déclaré en faillite en Italie, nonobstant la déclaration de faillite prononcée à l'étranger, sous réserve des conventions internationales. La convention d'amitié et de bon voisinage conclue entre l'Italie et la République de Saint-Marin le 31 mars 1939 a posé, cependant, certains problèmes. Dans certaines conventions que l'Italie a conclues avec des pays étrangers pour la reconnaissance et l'exécution des jugements, sont exclues expressément les décisions rendues en matière de faillite : convention avec la Suisse du 3 janvier 1933, avec les Pays-Bas du 7 mars 1935. Or l'article 5 de la convention entre l'Italie et Saint-Marin déclare simplement que sous réserve que les conditions prévues par cet article même soient remplies, « les décisions rendues en matière civile, commerciale et administrative par les autorités juridictionnelles de l'un des Etats ont l'autorité de la chose jugée sur le territoire de l'autre Etat ». Devant le caractère très général de ce texte, la Cour de Cassation italienne y a inclu les jugements de faillite le 1er décembre 1959, *Clunet*, 1961, p. 860

3° La jurisprudence : a) Hollandaise. Pendant très longtemps, les tribunaux hollandais se sont prononcés en faveur du système de la territorialité. Cour de Cassation Hollandaise, 5 avril 1888, *Clunet*, 1888, p. 564 : « La faillite étant une saisie générale de tous les biens du débiteur, ordonnée par le juge, ne peut avoir effet là où le juge n'a pas d'autorité » ; Cour de Cassation Hollandaise, 5 novembre 1915, N. J., 1916, p. 15 : « ... que la loi sur la faillite en son entier est destinée à recevoir application exclusivement aux Pays-Bas ».

Il faut noter cependant, que les juridictions hollandaises opèrent actuellement un revirement jurisprudentiel. La Cour de Cassation hollandaise a précisé le 15 juillet 1955, *Clunet*, 1957, p. 478, que le but de la loi sur la faillite est d'ouvrir aux créanciers une action sur le patrimoine tout entier du débiteur. La loi néerlandaise est favorable à tous les créanciers néerlandais ou étrangers, domiciliés ou non aux Pays-Bas, bien que naturellement le syndic voulant ester en justice à l'étranger y soit soumis au droit du for qui décide notamment dans quelle mesure une décision rendue en sa faveur par le juge néerlandais peut y recevoir exécution.

*b*) Suisse : Trib. fédéral suisse, 24 septembre 1912, *Rev. dr. int. pr.*, 1913, p. 600 « en l'absence d'un traité international réglant ce point, le concordat, tout comme

l'institution est de placer les biens du débiteur qui a cessé ses paiements sous la main de ses créanciers. Une loi qui poursuit ce but doit être générale afin de ne pas porter atteinte aux droits de certains créanciers. Mais après avoir procédé à la saisie des biens il est nécessaire de les réaliser. Or cette liquidation ne peut avoir lieu qu'avec le concours de l'autorité publique. De ce fait seuls les magistrats de l'Etat où sont situés les biens sont habilités à agir car le souverain local, maître de la force publique, ne peut accepter que des agents étrangers se livrent à des actes d'exécution sur son territoire. Et, bien entendu, ces mandataires de justice ne peuvent se référer qu'à la loi en vigueur dans l'Etat qui les a désignés et qui a délimité l'étendue de leurs pouvoirs. Cette règle n'a d'ailleurs jamais été contestée en matière de déconfiture et il est, par conséquent, très difficile de douter de la territorialité de la faillite car ces deux institutions recherchent le même but et répondent aux mêmes besoins.

Ce raisonnement tenu par les partisans de la pluralité n'est pas à l'abri des critiques (1). Si la faillite est incontestablement une saisie, une mesure d'exécution, il ne faut pas en déduire, toutefois, qu'elle doit être automatiquement territoriale. En effet on ne doit pas oublier, tout d'abord, que l'exécution des saisies ordonnées par des autorités judiciaires étrangères est réglementée par quelques législations, telles que la législation italienne. Il existe donc des exceptions au principe général de la stricte territorialité des mesures d'exécution et celles-ci se rencontrent principalement « en cas de succession et de faillite, à cause du caractère d'universalité qu'ont ces matières et du pouvoir exclusif de connaître des droits qui s'y rapportent, pour la succession le tribunal du lieu où elle s'est ouverte, pour la faillite celle du lieu où elle a été déclarée » (2).

De plus, même si ces exceptions n'étaient pas consacrées par des textes législatifs étrangers, il est permis de se demander si la faillite ne doit pas être classée dans une catégorie spéciale. Il existe une différence fondamentale entre les procédures de saisie habituelles, qu'elles soient immobilières ou mobilières et la faillite. Le domaine d'application des premières est relativement restreint. Elles atteignent un ou plusieurs biens individualisés. La seconde, au contraire, frappe tout le patrimoine du débiteur, elle apparaît comme une mesure d'ensemble. Il est donc préférable de réserver à la procédure de faillite un régime particulier car cette saisie générale s'oppose à toute limitation territoriale. Certes on pourrait alors faire observer que cette exécution forcée suppose l'intervention de la force publique et que celle-ci ne

---

la faillite, ne déploie, en principe, aucun effet en dehors du pays où il a été homologué. En effet, il ne s'agit pas là d'une institution de droit privé mais bien d'une institution rentrant dans le domaine de l'exécution forcée, et il résulte de la nature même des choses que ses effets s'arrêtent là où s'arrête le pouvoir de l'Etat qui a homologué le concordat ».

(1) TRAVERS, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11031 ; VALENSI, *Repert. dr. int. pr.*, t. VIII, V° Faillite, n°s 54 et s. ; SURVILLE, *Cours élémentaire de droit international privé* », 4e éd., 1904, n° 516.I, p. 645.

(2) ESPERSON, « Le droit international privé dans la législation italienne » *Clunet*, 1884, p. 375 et 376.

peut recevoir des ordres que du souverain local. Cette objection est fondée mais elle n'est pas déterminante. Il suffit, en effet, qu'un Etat étranger accorde l'exequatur au jugement déclaratif pour que celui-ci devienne un titre exécutoire qui rend possible la réalisation des biens situés sur ce territoire.

Enfin on ne peut pas faire triompher le principe de la territorialité en faisant valoir que les lois qui règlementent la faillite sont des lois de procédure. Certes il est impossible de nier que certains textes législatifs sont des dispositions de procédure. Il faut classer dans cette catégorie ceux qui déterminent les rouages de l'institution et qui précisent leur fonctionnement, c'est-à-dire les formes et les délais dans lesquels on peut ou on doit s'adresser à lui. Mais à côté de ces prescriptions il existe un nombre important de dispositions qui sont des règles de fond car elles permettent à l'institution d'atteindre le but qu'elle poursuit. Leur rôle est prépondérant et elles seules doivent être prises en considération lorsqu'il s'agit de savoir si la faillite peut produire certains effets en dehors du territoire où elle a été prononcée.

En définitive, le principe de la territorialité ne peut donc pas être déduit de la nature de la faillite. Faut-il accorder, par contre, plus de valeur aux justifications apportées par certains tenants de la pluralité qui estiment que ce système est conforme au but poursuivi par l'institution ?

### Sous-section III. — Le principe de la territorialité est conforme au but recherché par la faillite

Plusieurs auteurs ont déclaré que les lois sur la faillite constituent des dispositions d'ordre public. Ils se sont basés sur une double constatation. Ce sont, d'une part, des lois de police et de sûreté (1) dont il n'est pas possible de mettre en doute la territorialité. Elles tendent à protéger les créanciers contre les actes frauduleux accomplis par le débiteur et à maintenir une stricte égalité entre eux. Elles obligent, de ce fait, tous ceux, français ou étrangers, qui habitent le territoire français, ou qui, même sans y résider doivent, en raison de leurs agisse-

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1236, p. 780 ; Percerou et Desserteaux, *op. cit.*, t. III, n° 1721, p. 234. Cette idée a été également développée par les jurisprudences belge et française. Trib. com. Bruxelles, 7 décembre 1885 *Clunet*, 1887, p. 360 : « La loi sur les faillites a les caractères d'une loi de police et de sûreté, obligeant tous ceux qui habitent le territoire. En conséquence, l'étranger, même s'il a conservé son domicile d'origine et s'il n'a qu'une résidence en Belgique, peut être attrait devant un tribunal belge et assigné en déclaration » ; en ce sens également Trib. com. Bruxelles, 26 novembre 1910, *Clunet*, 1912, p. 575 ; Cour de Cassation française, 24 novembre 1857, D.P., 1858.I.85, « Attendu que la loi qui impose au commerçant failli l'obligation d'assurer la constatation du fait de la cessation de ses paiements par une déclaration personnelle, lui inflige des peines, soit à raison de l'inobservation de ce devoir, soit à raison de certains faits consommés pendant sa gestion commerciale ; qu'elle a ainsi le caractère d'une loi de police, obligeant tous ceux qui habitent le territoire français... » ; Paris, 23 novembre 1895, D.P., 1897.2.497.

ments, se les voir appliquer. D'ailleurs il ne faut pas oublier que les lois qui réglementent la banqueroute sont incontestablement des lois de police. Or la faillite étant le préliminaire de la banqueroute il faut en déduire logiquement que le tribunal local a le droit de prononcer la faillite d'un commerçant étranger qui a cessé ses paiements.

Les lois sur la faillite sont, d'autre part, des dispositions qui cherchent à organiser et à préserver le crédit (1). Les commerçants n'exigent pas de sûretés réelles pour les opérations courantes de leur commerce. Ils veulent, cependant, bénéficier de certaines garanties. Le droit des faillites répond à ce désir en réservant à tous les créanciers le même traitement et en se montrant très dur à l'égard du débiteur. Dans ce but le législateur décide que les actes juridiques passés par le débiteur au profit de l'un d'eux durant la période suspecte peuvent être déclarés inopposables, à la demande du syndic, par le tribunal qui a prononcé la faillite. Il limite également les droits qui sont susceptibles d'être revendiqués par les créanciers privilégiés ou hypothécaires. Il dessaisit, enfin, le failli de l'administration et de la disposition de ses biens. Et cette saisie légale ne porte pas seulement sur les biens présents du failli. Elle s'applique également dans la plupart des Etats aux biens à venir qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite. Or ces dispositions législatives organisatrices du crédit sont sans nul doute territoriales, car on ne peut pas concevoir qu'un état abdique sa souveraineté et permette qu'une autorité étrangère prenne des mesures de protection sur son propre territoire.

Cette argumentation appelle plusieurs remarques. Tout d'abord les lois sur la faillite ne semblent pas appartenir à la catégorie des lois de police et sûreté. Celles-ci « ont pour objet la sûreté des personnes ou des propriétés et le maintien du bon ordre, peu importe qu'elles soient prohibitives ou impératives, et que leurs dispositions soient ou non sanctionnées par voie de répression pénale » (2). Or les lois qui réglementent la faillite ne poursuivent pas cette fin puisqu'elles tendent principalement à protéger les créanciers et subsidiairement à favoriser le redressement du commerçant qui a fait de mauvaise affaires lors'quil est digne d'intérêt. Il faut noter également que les tribunaux répressifs peuvent prononcer les peines de la banqueroute en l'absence de tout jugement de faillite ou en présence d'une décision décidant qu'il n'y a pas lieu de la déclarer (3). Il n'existe donc pas de rapports aussi étroits qu'il le semble *a priori* entre la faillite et la banqueroute et il est impossible d'affirmer que les lois organisatrices de la faillite sont des lois d'ordre public en se basant sur le fait que celles qui règlent la banqueroute présentent ce caractère.

Il faut aussi reprocher aux tenants de la pluralité d'avoir donné un

---

(1) Percerou et Desserteaux, *op. cit.*, t. III, n° 1720, p. 229.

(2) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 1897, t. I, 5e éd.. § 31, p. 131. ; Travers, *op. cit.*, n° 11034 ; Surville, *op. cit.*, n° 516.I, p. 646 ; Valensi, *Répert. dr. int.*, t. VIII, V° Faillite n° 50 ; cf. la définition donnée par Lerebourgs-Pigeonnière et Loussouarn, *Droit international privé*, 8e éd., n° 320, p. 374.

(3) Cass. crim., 18 janvier 1936, D.H., 1936, p. 85 ; Cass. Crim., 6 mars 1857, D.P., 1857.I.180 ; Cass. crim., 25 février 1958, D., 1958, p. 373.

sens erroné à la notion d'ordre public. Ils semblent se rallier à la thèse de Pillet (1). Cet auteur refuse d'admettre qu'il y ait deux degrés dans l'ordre public, l'ordre public intérieur et l'ordre public international. A son avis il faut répartir les lois en lois de protection individuelle dont le but commande qu'elles soient extraterritoriales et en lois de garantie sociale ou d'ordre public qui manqueraient leur objet si elles n'étaient pas strictement territoriales. Les lois de crédit public doivent être classées dans cette seconde catégorie car elles cherchent à donner confiance au public en empêchant ou en réprimant certains abus. De ce fait si elles veulent atteindre pleinement leur but elles doivent apparaître comme des lois générales s'appliquant à l'encontre de toutes personnes.

Cette thèse est rejetée par l'ensemble de la doctrine, de nos jours, et il faut s'en féliciter (2). L'ordre public est un correctif exceptionnel permettant d'écarter la loi étrangère normalement compétente lorsque cette dernière contient des dispositions dont l'application est jugée inadmissible soit parce qu'il y a un défaut de communauté juridique, soit en vue de sauvegarder certaines politiques législatives. Si cette définition est adaptée à l'espèce présente, est-il vraiment possible de soutenir que cette exception doit jouer ? La loi qui a vocation à s'appliquer semble être celle du principal établissement en vertu des principes généraux du droit international privé. Elle ne peut donc être rejetée que s'il existe des divergences fondamentales entre les dispositions contenues dans celle-ci et la loi en vigueur au lieu de la succursale ou de la situation des biens. Or il est très difficile de trouver des exemples en ce sens. La plupart des législateurs qui ont réglementé la faillite ont été animés du même désir de justice et ont poursuivi le même but. Les procédés utilisés sont peut-être différents mais la fin recherchée est la même. On ne peut donc pas, en règle générale, affirmer que la mise en œuvre de dispositions législatives étrangères viole l'ordre public.

La thèse de la territorialité de la faillite ne se justifie donc pas juridiquement. Présente-t-elle, du moins, comme le soutiennent ses partisans, un intérêt d'ordre pratique ?

---

(1) Pillet, *Principes de droit international privé*, nos 182 à 222, *Traité de droit international privé*, t. I, 1923, nos 35 à 38, « De l'ordre public en droit international privé », *Mélanges*, t. I, p. 407 et s.

(2) Bartin, *Principes de droit international privé*, 1930, t. I, § 93 ; Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3e éd., 1959, no 357, p. 411 ; Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn, *Droit international privé*, 7e éd., no 377, p. 455 ; Maury, « L'Ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1954, p. 10 ; Safa, *La faillite en droit international privé*, thèse 1953, p. 40.

## Section II. — La théorie de la territorialité offre de grands avantages pratiques

Les tenants de la pluralité des faillites estiment que ce système présente des avantages pour les créanciers en premier lieu, pour le failli lui-même en second lieu.

### § 1. — LE SYSTÈME DE LA TERRITORIALITÉ ET L'INTÉRÊT DES CRÉANCIERS

Selon certains auteurs le principe de la pluralité répond à un souci de protection des créanciers nationaux ou locaux (1). Il faut les mettre à l'abri de certains aléas et de certains risques les premiers en raison de leur nationalité, les seconds parce qu'ils ont contribué au développement économique d'un Etat en acceptant d'y conclure des affaires. Cette protection se traduit concrètement d'une double manière. Ils peuvent, d'une part, saisir la juridiction locale et ne tenir aucun compte de la faillite prononcée par un tribunal étranger. Ils bénéficient, d'autre part, dans certains Etats, d'un droit de préférence sur l'ensemble des biens qui composent l'actif local.

Les partisans de la territorialité font également valoir que les créanciers qui contractent avec un commerçant étranger lui consentent un crédit en prenant en considération non pas l'ensemble de son patrimoine disséminé dans plusieurs pays mais les biens situés sur le territoire. Ils ne possèdent très souvent qu'une évaluation imprécise et confuse de l'actif total et ils stipulent en vue d'un gage spécial (2). Ils manifestent ainsi ouvertement leur désir de voir leurs droits et leurs obligations déterminés par la loi en vigueur dans l'Etat où ils contractent. Il n'est donc pas possible, sans porter atteinte à des droits acquis, de les contraindre à saisir une juridiction étrangère et à accepter la compétence d'une autre loi.

Ces arguments ne sont pas tous déterminants. Le premier, tout d'abord, ne se justifie pas. Il est incontestable que le droit international privé français est imprégné de nationalisme (3). Toutefois cette tendance n'est pas un principe fondamental. Elle apparaît comme un correctif exceptionnel et elle ne se manifeste que dans des circonstances particulières. Il ne faut pas admettre systématiquement la compétence de

---

(1) Thaller, *La faillite en droit comparé*, t. II, p. 348 et 349 ; de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, t. I, n° 496, p. 305 ; Conclusions de l'avocat général Hémar, S., 1879.2.160.

(2) Pic, « De la faillite et de la liquidation judiciaire des sociétés commerciales en droit international privé », *Clunet*, 1892, p. 593 ; Percerou et Desserteaux, *op. cit.*, t. III, n° 1721, p. 238.

(3) Louis-Lucas, « L'idée de réciprocité dans le règlement des conflits des lois », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1947, p. 18.

la loi française parce qu'elle avantage le ressortissant français. Une telle règle entraînerait la négation du droit international (1). Le protectionnisme juridique va également à l'encontre du grand principe d'égalité qui domine le droit de la faillite. Tous les créanciers chirographaires du commerçant qui cesse ses paiements ont couru le même risque en acceptant d'accorder des facilités de paiements à leur débiteur sans exiger des sûretés réelles. Ils doivent tous être traités de la même manière lorsque celui-ci ne peut plus faire face à ses obligations. Enfin il n'est pas certain que cette protection des créanciers nationaux ou locaux soit efficace. D'une part les Etats étrangers dont les ressortissants sont évincés du partage de l'actif local sont tentés de prendre des mesures de rétorsions et de rejeter toute production émanant d'un créancier appartenant à un pays qui accorde un privilège à la masse locale. D'autre part il se peut que les biens situés dans l'Etat qui pratique une telle politique protectionniste aient une très faible valeur. De ce fait, les créanciers locaux ou nationaux qui bénéficient d'un droit de préférence, sont, en définitive, désavantagés car ils perçoivent un dividende inférieur à celui qu'ils auraient reçu si l'ensemble des biens du commerçant failli avait été réparti entre tous les créanciers.

Il faut attacher plus d'importance, toutefois, au second argument avancé par les partisans de la pluralité des faillites. Les créanciers ne connaissent, en règle générale, que les biens du débiteur situés dans l'Etat où ils contractent. Mais cette constatation ne permet pas de faire triompher le principe de la territorialité. Une théorie aussi importante que celle-ci par les conséquences qu'elle entraîne ne peut pas reposer sur de simples présomptions. De plus, comme nous l'avons déjà souligné, cette situation n'apparaît pas comme un obstacle insurmontable (2).

## § 2. — LE SYSTÈME DE LA TERRITORIALITÉ ET L'INTÉRÊT DU DÉBITEUR

Les législations qui réglementent la faillite poursuivent généralement le même but mais elles ne le font pas toutes avec la même rigueur. Les unes se montrent tolérantes à l'égard du commerçant qui cesse ses paiements et s'emploient à faciliter son relèvement en multipliant les moyens de prévenir la faillite. Les autres prennent essentiellement en considération les intérêts des créanciers et se montrent sévères à l'égard du débiteur. De ce fait la société qui possède des succursales dans plusieurs pays peut bénéficier de certaines dispositions législatives libérales si le principe de la territorialité prévaut. Son activité peut être définitivement interrompue dans certains Etats et continuer dans d'autres. Le système de la pluralité des faillites offre donc au débiteur une dernière possibilité de redresser, tout au moins partiellement, une situation compromise (3).

---

(1) TRAVERS, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11039.
(2) *Supra*, Chapitre 1, Section I, Sous-Section I, § 1, p. 22 et 23.
(3) SAFA, *op. cit.*, p. 42, n° 75.

Cette argumentation judicieuse, *a priori*, appelle cependant, plusieurs remarques. Tout d'abord il n'est pas certain que cette multiplicité des procédures présente toujours des avantages pour le débiteur. Si la loi en vigueur dans l'Etat où se trouve le principal établissement est clémente envers le failli il est préférable que la faillite soit universelle. Une solution d'ensemble permet d'obtenir de meilleurs résultats et assure au commerçant malchanceux un rétablissement plus efficace et plus durable. De plus. ces facilités de redressement offertes au failli par le système de la territorialité, ne sont très souvent qu'apparentes. Le principal établissement est le cerveau d'une société. Ses services essentiels, son activité, sa vie juridique y sont concentrés. Tous les ordres émanent du siège social et généralement les succursales se contentent de les exécuter. Les capitaux qui permettent à l'établissement secondaire de fonctionner proviennent également de la société-mère. De ce fait, si l'activité du principal établissement est paralysée par l'ouverture d'une faillite il est très improbable que la succursale puisse avoir une existence autonome. Enfin, même si le principe de la pluralité permet exceptionnellement au débiteur de poursuivre une activité partielle cet avantage ne peut pas servir de base à ce système. Il va à l'encontre du but recherché par les organisateurs de la faillite. Ils veulent en prenant certaines dispositions sévères à l'égard des commerçants qui ne font plus face à leurs obligations inciter ceux-ci à se montrer très prudents dans leur gestion. Or, la territorialité en assurant au failli une certaine impunité risque de produire l'effet contraire. Les commerçants peu scrupuleux seront tentés de se lancer dans des spéculations dangereuses puisque le danger couru sera très limité.

Le principe de la territorialité de la faillite n'est donc acceptable ni juridiquement, ni pratiquement. Faut-il dès lors, comme l'ont proposé certains auteurs, rechercher une solution dans la synthèse des deux systèmes en présence ?

# CHAPITRE III

# LES SOLUTIONS INTERMÉDIAIRES

Certains auteurs ont été influencés par la méfiance et la réserve manifestées par l'ensemble des états à l'égard du principe de l'unité de la faillite. Ils ont également pris conscience des difficultés inhérentes au système de la territorialité. Ils ont proposé, en conséquence, une solution intermédiaire. Pour ce faire, ils ont élaboré un système éclectique qui apparaît comme une synthèse des éléments qui leur ont semblé intéressants dans les deux thèses en présence. Ils n'ont cependant pas tous procédé de la même manière. Les uns ont envisagé la question sous un angle juridique. Les autres n'ont pris en considération que les aspects pratiques du problème.

## Section I. — Solution déduite du caractère complexe de la faillite

L'aspect hybride de la faillite se révèle dans son objet et dans ses effets. La liquidation du patrimoine du débiteur qu'elle provoque atteint les biens mobiliers, d'une part, les biens immobiliers d'autre part. Quant à ses effets les uns sont personnels, les autres réels.

Quelques auteurs sont partis de ces constatations pour trouver une solution au problème de la faillite internationale.

### § 1. — SOLUTION DÉDUITE DE L'OBJET DE LA FAILLITE

Selon Ripert (1) l'institution de la faillite est une voie d'exécution mise à la disposition des créanciers qui n'ont pas été réglés par leur débiteur. Les lois qui la réglementent appartiennent donc, comme toutes les dispositions relatives aux voies d'exécution sur les biens, au statut réel. Ce point établi il importe d'opérer une distinction entre les biens immobiliers et les biens mobiliers car la loi habilitée à les

(1) Ripert, « Quelques questions sur la faillite dans le droit international privé », *Rev. crit. de législation et de jurisprudence*, 1877, p. 726 et s.

régir en cas de faillite n'est pas la même. Pour les premiers le principe de la territorialité s'applique. Les seconds, par contre, constituent une universalité juridique et sont soumis à une loi unique, la loi de la faillite. Le système n'est d'ailleurs pas propre à la faillite. Il se retrouve également en matière successorale : l'attribution des immeubles est régie par la *lex rei sitae*, celle des meubles par la loi du domicile du *de cujus* (1).

Cette solution proposée par Ripert prévaut en Angleterre. La faillite prononcée par une juridiction étrangère ne peut avoir aucun effet sur les biens immobiliers situés sur le territoire anglais mais en a sur les biens mobiliers. Elle n'a, par contre, jamais été retenue par la jurisprudence française. Il faut s'en féliciter car elle ne se justifie ni juridiquement, ni pratiquement.

Sur le plan juridique, il faut lui adresser deux critiques. En premier lieu, comme nous l'avons déjà souligné, les lois sur la faillite concernent les biens mais ne touchent pas à la constitution politique et économique du pays. Elles ne rentrent donc pas dans le statut réel. En second lieu, la solution mixte adoptée par la jurisprudence française en matière successorale est trop controversée (2) pour pouvoir être considérée comme une référence valable.

Sur le plan pratique il faut lui reprocher d'être longue et onéreuse, puisque la présence d'immeubles dans divers états nécessitera l'ouverture de plusieurs faillites.

Le système fondé sur la distinction ancienne des meubles et des immeubles ne permet donc pas de résoudre le problème de la faillite internationale. En revanche celui qui s'attache aux effets de la faillite est-il plus satisfaisant ?

## § 2. — SOLUTION DÉDUITE DE LA DUALITÉ DES EFFETS DE LA FAILLITE (3)

La faillite produit deux sortes d'effets. Les uns visent la personne du débiteur qui se voit frappé d'un certain nombre de restrictions et de déchéances. Ils relèvent donc du statut personnel et doivent avoir une portée extraterritoriale. Les autres atteignent le patrimoine du commerçant failli. Ils ressortent donc du statut réel et ne peuvent être que territoriaux.

Cette thèse défendue par Bonfils, Calvo et Massé, est très discutable.

---

(1) Cass. civ., 14 mars 1837, S., 1837.I.195 ; Cass. Req., 12 décembre 1843, S., 1844.I.74 ; Cass. Req., 19 avril 1859, S., 1859.I.411 ; Cass. civ., 2 avril 1884, S., 1886.I.121 ; Cass. civ., 11 février 1890, S., 1891.I.109 ; Cass. civ., 26 janvier 1892, S., 1892.I.77 ; Cass. civ., 19 juin 1939, D.P., 1939, p. 97, note L. P. ; Cass. civ., 13 novembre 1951, *Clunet*, 1953, p. 662 ; Trib. civ. Versailles, 9 janvier 1952, *Gaz. Pal.*, 1952.I.354.

(2) Arminjon, *Précis de droit international privé*, t. III, 1931, n° 117 ; Loussouarn, *Jur. class. dr. int. pr.*, 4e vol., fasc. 557 A, nos 94 et s. ; Freyria, « Le problème de la loi applicable aux successions », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1946, 1947 et 1947, 1948, p. 79 ; Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3e éd., 1959, nos 651 et 652.

(3) Bonfils, *Compétence des tribunaux français*, n° 246 ; Calvo, *Droit international privé*, t. II, § 907 ; Masse, *Droit commercial*, t. I, n° 546, p. 547.

D'une part, le principe même de la répartition des statuts en réels et personnels est de nos jours abandonné. On admet, en effet, que certaines lois n'appartiennent ni à l'un ni à l'autre et les dispositions législatives qui régissent la faillite (1) sont classées dans cette catégorie intermédiaire. D'autre part, si la faillite modifie la capacité du débiteur il ne faut pas oublier que cet effet est secondaire et que les principaux sont d'ordre patrimonial. Dès lors même si la distinction proposée était retenue elle ne présenterait aucun intérêt. Les auteurs qui défendent cette théorie donnent seulement l'impression de rechercher un moyen terme. En réalité ils adoptent le système de la territorialité puisqu'ils estiment que la liquidation des biens doit être régie par la *lex rei sitae*.

La solution juridique proposée par une partie de la doctrine pour résoudre le problème de la faillite internationale n'est pas fondée. Les auteurs qui recherchent une solution pratique présentent-ils un meilleur système ?

## Section II. — Solution déduite de considérations pratiques : rapport de Jacot au groupe suisse de « L'international law association »

L'examen des différentes questions d'ordre pratique soulevées par la faillite internationale a été fait d'une façon méthodique et judicieuse par Jacot dans le rapport qu'il a présenté au groupe suisse de « L'international law association » (2). Il élabore ensuite un projet de traité international séduisant, *a priori*, il faut en convenir. Pour pouvoir apprécier cet important rapport à sa juste valeur, il est nécessaire de l'analyser en détail.

Jacot rappelle tout d'abord que les rédacteurs des lois qui régissent la faillite ont poursuivi un triple but : contribuer à la sécurité des transactions commerciales, permettre une juste distribution de l'actif du commerçant failli entre ses créanciers et favoriser le relèvement de celui-ci. Sur le plan interne le système de l'unité de la faillite permet de poursuivre cette triple fin. Sur le plan international la question n'est pas aussi simple et avant de proposer une solution, il est absolument indispensable de comparer les théories de l'unité et de la territorialité et de déterminer leurs avantages propres.

Théoriquement, le principe de l'unité semble fondé. Il permet une distribution équitable de l'actif du commerçant failli. Seuls deux reproches peuvent être formulés : d'une part, les bénéficiaires de

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 5e éd., t. VII, n° 1238 ; Surville, *op. cit.*, n° 516-I.

(2) Jacot, « La faillite en droit international », *Nouvelle revue de droit international privé*, 1934, p. 778 et s.

privilèges généraux risquent d'avoir de désagréables surprises par suite des divergences des législations sur la question ; d'autre part, les créanciers de condition modeste sont dans l'obligation d'effectuer de longs et onéreux déplacements.

Pratiquement, par contre, ce système est très critiquable. En premier lieu, les créanciers risquent à certaines époques d'instabilité d'être victimes d'une dépréciation monétaire. En second lieu, l'organisation d'une faillite une et universelle est susceptible de nuire à la sécurité des transactions et au crédit. Les personnes qui concluent des contrats avec un commerçant ayant dans l'état un établissement ou des avoirs lui font crédit non pas en tenant compte de ceux qu'il possède sur un autre territoire et sur lesquels elles n'ont que des indications très limitées, mais en raison de son actif local. Dès lors, elles seront désagréablement surprises lorsqu'elles s'apercevront que ces biens locaux seront répartis entre tous les créanciers du failli. Leur étonnement sera encore plus grand du fait que les lois régissant la faillite, promulguées depuis très longtemps, n'ont pas suivi l'évolution économique présente et réservent toujours le même traitement aux créances pour mises de fonds de plus en plus nombreuses de nos jours et aux créances nées des relations d'affaires. La prononciation d'une faillite unique défavorisera, par conséquent, les bénéficiaires des secondes par rapport aux titulaires des premières, car les créanciers pour mises de fonds se trouvent surtout au siège central. Cette situation risque donc de faire disparaître le crédit en période de crise. Dans ces moments, les créanciers sont très méfiants et n'acceptent d'accorder des facilités de paiement que lorsqu'ils ont apprécié exactement l'actif de leur débiteur. En troisième lieu, enfin, le principe de l'unité de la faillite n'est pas conforme aux usages commerciaux. Lorsqu'un débiteur solvable ne remplit pas ses engagements dans les délais prévus au contrat, le créancier ne met pas le principal établissement en demeure d'exécuter ses obligations mais la succursale avec laquelle il a conclu le marché. Le for naturel du créancier s'y trouve.

Si l'ouverture d'une faillite unique pose de nombreux problèmes, la multiplicité des faillites présente aussi des inconvénients. Les créanciers ne subissent pas le même traitement dans tous les états : les uns accordent les mêmes droits à tous les créanciers ; les autres attribuent un privilège de répartition à la masse locale ou exigent la réciprocité. Le redressement du débiteur malchanceux est également compromis. Les solutions de la faillite ne sont pas les mêmes dans les différents pays où il possède des biens. Les difficultés dues à l'utilisation de ce système sont cependant différentes de celles soulevées par l'adoption du principe de l'unité. Dans ce dernier, elles découlent du fondement même du système alors que dans celui de la territorialité elles résultent de l'application différente qui en est faite dans les divers états. Il est donc préférable de se référer au système de la territorialité mieux adapté aux nécessités économiques présentes et plus utilisé, en s'employant, toutefois, à le débarrasser de tous ses inconvénients. Jacot propose alors un nouveau système qu'il intitule « l'unité de la faillite avec pluralité des masses ».

L'auteur préconise la pluralité des faillites. Il essaie, cependant, de les organiser d'une manière cohérente et d'établir certaines relations entre elles, d'une part, de répartir les créanciers entre les différentes masses d'une façon logique et équitable, d'autre part. Aux termes de l'article 1er de ce projet de traité international tout état peut prononcer conformément à sa propre loi, la faillite d'un débiteur, personne physique ou morale. Toutefois le tribunal compétent ne peut être saisi que par les seuls créanciers de la succursale si la personne poursuivie n'a qu'un établissement secondaire dans l'état (art. 5). Cette faillite est susceptible, cependant, d'être étendue par l'intermédiaire de l'exequatur à tous les autres pays si le jugement déclaratif a été rendu par le tribunal du siège central (art. 2) ou seulement à ceux qui ont sur leur territoire des établissements dépendant de celui qui a été mis en faillite si la décision émane du tribunal du lieu de la succursale (art. 4).

Il ne suffit pas, cependant, de déterminer les pays qui ont le droit de déclarer la faillite. Il importe également de délimiter les biens qui composent chaque masse et de rechercher comment ces biens sont répartis entre les créanciers. Jacot répond à la première question dans l'article 7 de son projet de traité qui dispose que « les biens situés dans chacun des centres d'activité du débiteur forment une masse » et il ajoute dans l'article 8 que « les Etats ont la faculté de prescrire que les biens des différents centres d'activité se trouvant sur leur territoire seront groupés en une ou plusieurs masses ». Quant au second problème il propose pour le solutionner un système original qui s'inspire de celui de la territorialité, mais qui ne présente pas les mêmes inconvénients. Seuls les créanciers invoquant un contrat passé avec un centre d'activité ont le droit de produire à la masse constituée à ce centre (art. 10). Deux hypothèses peuvent alors se présenter : ou bien il reste un solde après qu'ils ont été indemnisés et il est attribué à la masse de l'établissement directement supérieur dans la hiérarchie de l'entreprise (art. 11) ; ou bien les créanciers n'ont pas perçu tout ce qui leur est dû et ils ont la possibilité de produire, pour le découvert seulement, successivement dans toutes les masses en respectant l'ordre hiérarchique.

Il faut rendre hommage à Jacot de ne pas opter arbitrairement pour un système et de ne pas essayer de le justifier par tous les moyens. Il a le courage de rechercher un compromis entre les deux thèses en présence. Cette œuvre très intéressante suscite, cependant, certaines critiques. On pourrait, tout d'abord, demander à Jacot comment il justifie juridiquement l'extension de la faillite soit à l'ensemble des biens du débiteur si le jugement déclaratif émane du tribunal du siège social, soit à une partie du patrimoine de celui-ci si la décision est rendue par le tribunal du lieu d'un établissement secondaire important. Juridiquement ou bien la faillite est unique et elle est universelle, ou bien elle est territoriale et elle ne peut pas s'étendre au-delà des frontières de l'état où elle a été prononcée. Ce reproche, cependant, ne serait pas fondé car l'auteur prend la précaution de préciser qu'il tente de donner une solution pratique au problème de la faillite en tenant compte des nécessités de la vie économique actuelle, et de l'importance des relations commerciales internationales. Ce sont donc des critiques d'ordre pratique qu'il faut formuler.

Jacot craint que l'ouverture d'une seule faillite oblige les créanciers à accepter un paiement en monnaie dépréciée. Il pense également que le dividende qu'ils recevront, sera inférieur à celui qu'ils percevraient en cas de liquidation séparée de l'établissement secondaire, par suite de la production des créanciers pour mises de fonds. Ces objections sont très discutables. D'une part dans le système classique de la territorialité et même dans celui proposé par l'auteur, les créanciers subissent les mêmes risques de dépréciation monétaire en produisant dans toutes les masses pour la totalité de leurs créances dans le premier cas, pour le découvert seulement dans le second. D'autre part il n'est pas certain que les dividendes reçus soient plus faibles en cas d'unité de la faillite. Le centre d'activité avec lequel ils ont conclu peut avoir un actif très réduit et un important passif qu'ils ignoraient. Il ne faut pas oublier également que les frais de procédure sont très lourds et peuvent absorber une grande partie de l'actif. Certes, les créanciers ont le droit de produire pour le découvert dans les autres faillites, répond Jacot. Qui nous prouve que celles-ci n'ont pas déjà été solutionnées ? L'auteur prend une hypothèse d'école en supposant que les diverses faillites se dérouleront suivant un ordre logique et que les créanciers auront la possibilité de produire, pour le découvert, successivement dans les différentes masses. Certains créanciers seront peut-être plus diligents que les autres. Il est à redouter également que l'article 14 du projet de convention ne soulève les mêmes difficultés que le système traditionnel de la territorialité. Aux termes de ce dernier « la procédure de faillite y compris la distribution des deniers, sera régie par la loi du pays où chaque masse a son siège. Cette loi sera applicable à toutes les questions se rattachant à la procédure de faillite, y compris les privilèges et droits de revendication ». Jacot n'a donc rien prévu dans l'hypothèse où la *lex fori* reconnaît un droit de préférence à la masse locale.

Il faut lui reprocher d'avoir été aussi incomplet lorsqu'il a rédigé les articles 2 et 4. Il prévoit que le jugement déclaratif peut être déclaré exécutoire dans tous les états où le failli possède des biens s'il émane du tribunal du principal établissement, dans les états où se trouvent des établissements subordonnés à celui qui a été mis en faillite s'il est rendu par la juridiction compétente du lieu d'une succursale importante. Que se passe-t-il, dès lors, lorsque le tribunal du lieu d'un établissement dépendant d'un autre est saisi en même temps de deux demandes d'exequatur : l'une est présentée par le syndic du siège central, l'autre par celui de la succursale.

Mais ce projet de traité ne révèle pas seulement des lacunes. Des contradictions s'y retrouvent également. L'article 7 prévoit la création d'une masse à chaque centre d'activité et l'article 8 laisse aux états la possibilité de réunir en une seule masse les biens, soit de tous les centres situés sur le territoire, soit de certains d'entre eux seulement. L'existence de plusieurs masses suppose donc l'organisation de plusieurs faillites dans un même pays. Ce système n'est-il pas en contradiction avec le principe de l'unité de la faillite sur le plan interne reconnu par Jacot et consacré par le droit français (1).

(1) Voir en ce sens Cass. Req., 12 novembre 1913, D., 1917-1918.I, p. 160.

L'auteur reproche, enfin, à la théorie de l'unité de porter préjudice aux créanciers qui font valoir une petite créance. Ils doivent produire à l'étranger alors que le for naturel du créancier « se trouve au lieu de l'établissement avec lequel il a conclu une affaire ». Ces risques de frais de déplacement n'existent-ils pas également dans le projet de traité proposé ? Le créancier qui est en relation d'affaires avec plusieurs succursales de la même entreprise doit produire ses créances aux diverses masses formées à ces centres. Le coût de ces productions n'est-il pas supérieur à celui d'une seule faite au principal établissement ?

Jacot encourt donc le reproche d'être incomplet dans la solution qu'il propose au problème de la faillite internationale. Ce manque de rigueur et de logique ne lui est pas, cependant, propre car la jurisprudence française semble avoir commis les mêmes erreurs.

## CHAPITRE IV

# LE SYSTÈME ADOPTÉ PAR LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE

En raison du silence du législateur français, nos tribunaux doivent faire œuvre prétorienne. Ils font preuve *a priori* d'une certaine incohérence en optant tantôt pour le principe de l'unité de la faillite, tantôt pour celui de la pluralité (1). Cette solution intermédiaire retenue par la jurisprudence française, peut surprendre car il est difficile de lui trouver un fondement juridique : ou bien la faillite est une mesure essentiellement territoriale et il faut dénier à la décision étrangère tout effet sur notre territoire ; ou bien elle apparaît comme une mesure d'ensemble et il faut, dans tous les cas, reconnaître une portée extra-territoriale au jugement rendu par un tribunal étranger. En fait il ne semble pas que les juges français cherchent à donner une base rationnelle aux solutions qu'ils adoptent. Dans tous les cas, ils tiennent compte essentiellement de l'intérêt des créanciers et leur décision est prise en fonction de cette considération. Loin de rechercher une solution invariable, absolue, ils modifient, au contraire, leur attitude selon chaque espèce. Si la déclaration de la faillite par le tribunal du lieu du domicile ou du principal établissement du commerçant présente des avantages pour les créanciers français, ils ont le droit de poursuivre et l'exequatur est accordé au jugement étranger. Si l'ouverture d'une faillite locale risque d'assurer une meilleure protection de leurs intérêts ils peuvent saisir la juridiction française compétente (2). Dans cette hypothèse deux faillites sont organisées simultanément ou successivement. Elles ont chacune leur actif et leur passif propres et leurs organes respectifs. Cette multiplicité des procédures ne s'oppose d'ailleurs pas à la consti-

(1) VALERY, *Manuel de droit international privé*, n° 937, p. 1297 ; NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. VI, 1949, n° 1637, p. 158 ; SURVILLE, *op. cit.*, n° 516-II, p. 647 ; PILLET, *Traité*, 1924, t. II, n° 774, p. 874 ; LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 361 ; MISCHLICH, *Répert. dr. com. et des sociétés*, Encyclop. Dalloz II, V° Faillite, n° 2911.

(2) Cette solution a été adoptée récemment par la loi fédérale américaine sur la faillite. Un amendement au Bankruptcy Act de 1898 qui est devenu loi le 25 septembre 1962 a donné pouvoir exprès au tribunal de la faillite d'utiliser ou de ne pas utiliser sa compétence, ou de suspendre son utilisation, en tenant compte des droits et de la convenance des créanciers locaux et de toutes les circonstances pertinentes, lorsque le failli a été déclaré en faillite par un tribunal compétent en dehors des Etats-Unis, NADELMANN, « La loi américaine sur la faillite et le conflit de juridictions », *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 67.

tution ultérieure d'une masse unique. Les représentants des créanciers étrangers peuvent demander à la juridiction française qui a déclaré la faillite de prononcer la fusion (1). Cet opportunisme ne permet donc pas de déceler une tendance dominante au sein de notre jurisprudence.

Il faut préciser également que seule la loi française est habilitée à résoudre les problèmes de compétence spéciale. Elle détermine quel est l'ordre de juridiction qui a le droit de statuer. Elle indique quels sont, au sein même de cet ordre de juridiction, le degré et le ressort du tribunal.

Mais si l'intérêt des créanciers est la considération principale qui guide les magistrats nationaux dans leur choix, il ne faut pas en conclure, cependant, que ce soit le seul élément dont ils tiennent compte. Ils ne peuvent utiliser les systèmes de l'unité et de la pluralité des faillites que dans la mesure où certaines conditions sont réunies. Il importe donc d'établir dans quels cas la faillite peut être considérée comme une mesure d'ensemble qui a une portée extraterritoriale, et dans quelles hypothèses le tribunal français saisi peut prononcer une faillite locale.

## Section I. — Conditions requises pour que le principe de l'unité et de l'universalité de la faillite soit admis

### § 1. — LA FAILLITE DOIT ÊTRE PRONONCÉE PAR UN TRIBUNAL FRANCAIS, CONFORMÉMENT A LA LOI FRANÇAISE, LORSQUE LE DOMICILE OU LE PRINCIPAL ÉTABLISSEMENT DU COMMERÇANT EST SITUÉ SUR NOTRE TERRITOIRE (2)

Tous les ordres et toutes les directives partent généralement de ce centre. Les services essentiels de l'entreprise y fonctionnent. Les

(1) Trib. com. Cette, 3 juillet 1890, *Clunet*, 1891, p. 203. La faillite avait été prononcée à Cette, lieu du principal établissement, et à Tarragone, lieu de la succursale. Les syndics espagnols demandaient, avec l'assentiment des créanciers qu'ils représentaient, que ces deux faillites soient fondues en une seule. Le tribunal saisi a estimé que « la demande dont il s'agit n'a nullement pour but de résoudre, par voie détournée, un conflit de juridiction, ou de porter atteinte au principe de l'indépendance et de la souveraineté des Etats ; qu'il s'agit uniquement d'apprécier si les propositions faites par les syndics espagnols, juges de leurs intérêts, doivent être accueillies par le tribunal ; que la fusion des deux faillites en une seule est avantageuse à tous les créanciers ; ... que l'unité de faillite tend à devenir de plus en plus un principe de droit international, et qu'aux yeux du juge français, elle n'est qu'une juste application de l'universalité de la faillite et de la règle écrite dans l'article 2093 de notre Code civil, qui veut que tous les biens d'un débiteur soient le gage commun de ses créanciers, sans exclure du partage de l'actif les créanciers d'une nationalité étrangère ».

(2) Cass. Req., 18 avril 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.II.145 ; Cass. Req., 26 avril 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.II.145.

livres qui permettent de constater les diverses opérations effectuées par le débiteur et d'apprécier sa gestion s'y trouvent. Ce choix permet aussi de réaliser des économies importantes et d'obtenir une solution dans les meilleurs délais. Enfin, en dehors de ces considérations d'ordre pratique, ce principe peut se justifier juridiquement. En droit français, le tribunal compétent pour prononcer la faillite est celui du domicile du débiteur. Cette règle de droit interne doit aussi prévaloir dans les rapports internationaux (1).

Cette compétence des juridictions françaises est très large. Elles doivent être saisies chaque fois que le domicile du commerçant qui cesse ses paiements se trouve sur notre territoire. La nationalité du débiteur n'est pas prise en considération. Le commerçant étranger domicilié en France peut donc, comme le débiteur français, être déclaré en faillite par le tribunal de son domicile (2). Les juridictions françaises l'ont souvent précisé et la Cour de Cassation s'est prononcée en ce sens d'une manière très explicite le 4 février 1885 et le 11 avril 1927 (3). Cette règle se conçoit d'ailleurs fort bien. La faillite est une institution qui a été créée en vue de protéger les créanciers. Comment serait-il possible, dès lors, de leur refuser cette protection lorsque le débiteur est étranger, alors que celle-ci est organisée lorsqu'il est français ?

Cette faillite prononcée par le tribunal du domicile ou du principal établissement du commerçant, doit avoir une portée extraterritoriale dans la mesure où le jugement déclaratif rendu par le tribunal français est déclaré exécutoire à l'étranger. La jurisprudence française l'a plusieurs fois soutenu en déclarant en particulier que la faillite d'une société ayant son siège social sur notre territoire atteint également les succursales situées dans un autre Etat puisque cette mesure est organisée par le tribunal du principal établissement (4).

---

(1) Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11125 ; Surville, *op. cit.*, n° 519, p. 649.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 5e éd., t. VIII, nos 1227 et 1234 ; Surville, *op. cit.*, n° 518 ; Weiss, *op. cit.*, t. VI, p. 247 ; Valensi, *Répert. dr. int.*, t. VIII, V° Faillite, nos 287 et s.

(3) Cass. civ., 4 février 1885, *Gaz. Pal.*, 1885.I.396, *Clunet*, 1886, p. 83, S., 1886.I 200 : « que les tribunaux français peuvent connaître des demandes en déclaration de faillite formées contre les étrangers alors que ceux-ci ont leur domicile en France ; que l'arrêt attaqué constate que Speick a son seul établissement en France : que le Tribunal de Rocroi était compétent... ».

Cass. Req., 11 avril 1927, *Gaz. Pal.*, 1927.II.459, *Rev. dr. int. pr.*, 1927, p. 654, *Clunet*, 1928, p. 376 : « vu l'article 59 du Code de procédure civile que le tribunal compétent pour prononcer la faillite d'un négociant en état de cessation de paiements, est celui de son domicile ; qu'un étranger peut, en transportant en France son principal établissement, s'y créer, par sa seule volonté, un domicile de fait, qui produit certains effets que la loi attache au domicile des Français, notamment en le soumettant pour les actions dirigées contre lui, à la compétence des tribunaux français ».

(4) Trib. com. Seine, 2 février 1882, *Clunet*, 1885, p. 458 ; Trib. com. Le Havre, 17 juillet 1889, *Journ. des faillites*, 1890, article 1241, p. 172,

La jurisprudence hollandaise qui se prononce actuellement en faveur du système de l'unité et de l'universalité de la faillite adopte également la même solution. La Cour de Cassation Hollandaise, le 15 avril 1955, *Clunet*, 1957, p. 478, déclare que la loi néerlandaise est favorable à tous les créanciers néerlandais ou étrangers, domiciliés ou non aux Pays-Bas « bien que, naturellement, le syndic voulant ester en justice à l'étranger, y soit soumis au droit du for qui décide notamment dans quelle mesure une décision rendue en sa faveur par le juge néerlandais peut y recevoir exécution ».

Il ne suffit pas, toutefois, de préciser que la faillite est déclarée par une juridiction française, conformément à la loi française lorsque le domicile du commerçant qui cesse ses paiements se trouve en France. Il importe également d'en donner une définition exacte et de déterminer la loi habilitée à le faire puisque celui-ci est attributif de compétence judiciaire et législative. Ce point est d'autant plus important que la définition du domicile varie suivant les législations (1). Toutes considèrent la permanence comme l'élément principal mais elles accordent, par contre, une importance différente aux éléments secondaires susceptibles de former cette notion. Ainsi d'après la jurisprudence américaine le domicile d'une personne est « le lieu où elle a sa demeure véritable, fixe et permanente et son principal établissement, et où, si elle vient à s'absenter, elle a l'intention de revenir » (2). Aux termes de l'article 102 des codes belge et français « le domicile de tout Belge ou Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement ». Pour le législateur Suisse « le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir » (3). Enfin en Angleterre, le domicile d'origine, inconnu du droit français, joue un rôle prépondérant.

Il est donc important, en raison de la diversité des définitions données, de préciser quelle est la loi compétente pour rechercher si un étranger susceptible d'être déclaré en faillite en France y possède un domicile. Cette question est très controversée (4). Selon certains auteurs il faut interroger la loi à laquelle la personne intéressée s'est référée. D'après d'autres, seule la loi nationale de l'individu en cause doit être consultée mis à part les cas où cette question intéresse l'ordre public. Le domicile est le lieu où prennent naissance et produisent effet des rapports de droit privé qui se rattachent au statut personnel. Celui-ci étant régi par la loi nationale, cette règle vaut également pour le domicile (5). Barbosa de Magalhaes, enfin, se montre plus nuancé dans son rapport soumis au comité des experts de la Société des Nations pour la codification progressive du droit international (6). Il distingue deux hypothèses. D'une part, « la *lex fori* est applicable pour déterminer si l'individu en cause est ou non domicilié dans le pays du tribunal ». D'autre part, « lorsqu'il y a à décider si l'individu est domicilié dans un pays différent de celui du tribunal, on applique la loi de ce pays ».

Ces trois solutions ont obtenu un succès très relatif à l'époque où elles ont été proposées et elles ont été rapidement rejetées. L'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence estime que le domicile doit être

---

(1) Sophie Grinberg-Vinaver, *Répert. dr. int.* de Lapradelle et Niboyet, t. V, V° Domicile et résidence, n°s 25 à 33.

(2) Cf. Trib. civ. Pau, 19 avril 1902, *Clunet*, 1903, p. 875.

(3) Article 23 du Code civil suisse.

(4) Sophie Grinberg-Vinaver, *op. cit.*, V° Domicile et résidence, n°s 76 à 91 ; Arminjon, « Conflits de lois en matière de domicile », *Rev. dr. int. pr.*, 1932, p. 616.

(5) Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2e éd., t. III, p. 323 ; Valery, *op. cit.*, p. 114 à 117.

(6) Barbosa de Magalhaes, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1928.III, t. 23, « La doctrine du domicile en droit international privé », p. 129.

déterminé par la *lex fori* (1). Et ce principe très judicieux est énoncé également dans les décisions judiciaires anglaises et hollandaises (2).

Les tribunaux français ne se sont pas, cependant, contentés de déterminer la loi compétente pour rechercher si un commerçant est domicilié sur notre territoire. Ils ont également défini cette notion. Le domicile est le lieu du principal établissement commercial si le commerçant est une personne physique et celui où se trouve le siège social si le débiteur est une personne morale. Et certaines juridictions ont précisé les éléments qui doivent être pris en considération pour situer le principal établissement et le siège social (3). Le premier se détermine, selon la Cour de Paris « en fonction du lieu où le commerçant exerce son activité de direction, où il conclut les contrats avec ses fournisseurs, ses banquiers et ses clients, où il fait ses paiements, où se trouve donc le centre juridique et externe des affaires ». Quant au second, la Cour de Cassation a estimé que si la société Scierie hydro-électrique du Val Vernier « avait à Gudmont son centre d'exploitation, son siège social était à Paris ; qu'en effet, c'est à Paris que se réunissaient les conseils d'administration et les assemblées générales, qu'était la comptabilité, que se trouvaient les banquiers de la Société, qu'elle avait son compte de chèques postaux, qu'elle acquittait l'impôt sur le chiffre d'affaires et l'impôt foncier pour les immeubles de Gudmont, qu'elle avait, sur ses factures imprimées, fait attribution exclusive de juridiction pour toutes contestations ».

## § 2. — INVERSEMENT LA FAILLITE OUVERTE A L'ÉTRANGER AU DOMICILE DU DÉBITEUR DOIT PRODUIRE DES EFFETS EN FRANCE (4)

Les tribunaux français admettent l'extraterritorialité de la faillite prononcée par la juridiction d'un autre Etat. Cette extension est subordonnée cependant, à certaines conditions. La faillite se caractérise principalement par le dessaisissement du débiteur qui perd le droit d'administrer et de disposer de ses biens. De ce fait, il faut un ordre

---

(1) Despagnet et de Bœck, *Précis de droit international privé*, 5e éd., n° 157, p. 501 ; Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, t. I, 1923, n° 146 ; Niboyet, « Des modifications à apporter au statut des Français en pays étranger et des étrangers en France », *Rev. dr. int. pr.*, 1929, p. 199 ; Nast, *Clunet*, 1925, p. 1044 ; Batiffol, *Traité*, 3e éd., n° 403, p. 455 ; Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 88 ; Colmar, 30 novembre 1921, *Clunet*, 1922, p. 379 et 14 février 1925, *Clunet*, 1925, p. 1044.

Cass. civ., 21 juin 1948, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1949, p. 557, *J.C.P.*, 1948.II.4422.

(2) I. Angleterre : Chancery Division, 21 mai 1926, *Clunet*, 1927, p. 470 ; Cour d'Appel de Londres, 18 février 1927, *Clunet*, 1927, p. 752 ; P.D. et A. Division 7 février 1928, *Clunet*, 1928, p. 749.

II. Pays-Bas : Tribunal d'Amsterdam, 26 novembre 1926, *Clunet*, 1928, p. 1293.

(3) Cass. Req., 18 avril 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.II.145 ; Paris, 14 novembre 1957, D., 1958, p. 277, note Houin.

(4) Cass. civ., 26 juin 1905, *Clunet*, 1905, p. 1014, S., 1905.I.433, D., 1905.I.513 ; Trib. civ. Seine, 22 juillet 1921, *Clunet*, 1921, p. 532.

du souverain français pour procéder à un acte d'exécution sur notre territoire car la force publique française ne peut être mise en mouvement que sur l'injonction des pouvoirs publics français. Le jugement déclaratif étranger doit donc être soumis à la formalité de l'exequatur pour avoir force exécutoire, pour pouvoir produire des effets complets en France. Cette possibilité d'exequatur n'est pas contesté par la doctrine et la jurisprudence dans leur ensemble (1). Quelques auteurs émettent, cependant, certaines objections. Pillet, en particulier, fait observer qu'il ne s'agit pas « de faire reconnaître en France un droit acquis à l'étranger, mais d'autoriser en France des actes d'exécution ; c'est-à-dire la chose la plus strictement territoriale que l'on puisse imaginer ». Cette critique n'est pas fondée, semble-t-il . D'une part, la faillite n'est pas une voie d'exécution ordinaire. Elle n'a pas un effet limité à quelques biens comme l'ensemble des saisies. Elle atteint le patrimoine du commerçant tout entier. D'autre part, il est admis que les agents français peuvent déférer aux ordres d'exécution émanant d'une juridiction étrangère lorsque la décision a été revêtue de l'exequatur. Aussi, il faut admettre que le jugement déclaratif de faillite peut faire l'objet d'une instance en exequatur. Il n'en demeure pas moins que celui-ci n'est accordé que sous certaines conditions. Si le débiteur a été déclaré en faillite ou en état de règlement judiciaire par un tribunal de commerce français avant ou depuis le prononcé de cette mesure par une juridiction étrangère et si la décision française est passée en force de chose jugée, la faillite étrangère ne produit aucun effet sur notre territoire (2). Dans cette hypothèse, les deux procédures doivent se dérouler parallèlement. Inversement, lorsqu'un jugement déclaratif étranger a été rendu exécutoire en France, les juges français ne peuvent pas prononcer la faillite de ce même commerçant.

Lorsqu'une décision étrangère est susceptible d'obtenir l'exequatur, il importe de déterminer, tout d'abord, le tribunal compétent. Quelques auteurs et certaines juridictions estiment que la demande doit être portée devant les tribunaux de commerce (3). Ils font remarquer, d'une

---

(1) Ch. Valensi, *Répert. dr. int.*, t. VIII, V° Faillite, n° 381 ; Percerou et Desserteaux, *op. cit.*, t. III, n° 1723 *bis* ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. II, n° 11590 ; Surville, *op. cit.*, n° 520, p. 649 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1240 ; Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 361

(2) Paris, 7 mars 1878, S., 1879.II.164 ; Trib. com. Lyon, 18 juillet 1907, *Clunet*, 1908, p. 150, « Qu'il est de jurisprudence sanctionnée par la Cour de Cassation, qu'au cas de faillite d'un même individu ou d'une même société déclarée à la fois en France et à l'étranger, le jugement étranger ne peut produire effet en France, sauf conventions spéciales résultant des traités internationaux ».

(3) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 5e éd., t. I, n° 377 ; Pic, « De la faillite et de la liquidation judiciaire des sociétés commerciales en droit international privé », *Clunet*, 1892, p. 603, note 1 ; Nouguier, *Des tribunaux de commerce*, t. II, p. 452 ; Colmar, 17 juin 1847, S., 1848.II.271, « Attendu que l'article 2123 du Code civil auquel renvoie l'article 546 du Code de procédure civile dispose que les jugements rendus en pays étranger devront être déclarés exécutoires par un tribunal français ; que cet article s'exprime d'une manière générale et n'a nullement indiqué qu'il bornât la compétence en cette matière aux seuls tribunaux civils ; d'où il suit que les règles ordinaires de la compétence, tant à raison de la personne qu'à raison de la matière, n'ayant été frappées d'aucune exception par les textes dont il s'agit, sont nécessairement maintenues ; d'où il suit encore,

part, que la juridiction qui accorde l'exequatur ne se contente pas de vérifier la régularité de la décision produite sur le terrain de la compétence. Elle recherche si elle ne va pas à l'encontre de l'ordre public français et surtout elle se réserve le droit de la réviser au fond. Or, il s'agit d'un jugement statuant en matière commerciale.

Cette solution, d'autre part, permet d'éviter les inconvénients dus à la dualité de compétence. Si tout pouvoir est dénié au tribunal de commerce, le tribunal civil ne peut que refuser de déclarer exécutoire en France la décision étrangère. Il n'a pas la possibilité de prononcer la faillite. De même le tribunal de commerce saisi d'une demande en faillite ne peut que l'admettre ou la rejeter. Il n'a pas le droit d'exequaturer le jugement étranger. Par contre, si ce dernier a une compétence générale, il peut successivement s'opposer à l'exequatur, et déclarer la faillite du commerçant.

Ce système n'est cependant pas retenu par la jurisprudence et la doctrine dominantes (1). Elles estiment que l'exequatur doit être demandé au tribunal civil et les justifications qu'elles proposent sont judicieuses. Comme le souligne la Cour de Colmar, dans un arrêt rendu le 10 février 1864 « l'exécution des jugements étrangers en France peut soulever des questions de droit public et de souveraineté, que les tribunaux civils sont seuls compétents pour apprécier et juger ; d'autre part, l'exécution demandée au tribunal et par lui accordée, devant avoir lieu par toutes les voies de droit, peut donner lieu à des contestations dont les juges consulaires ne peuvent connaître ». Il ne faut pas oublier aussi que les tribunaux de commerce sont des juridictions d'exception et qu'elles ne connaissent pas de l'exécution de leurs propres jugements. Enfin, cette compétence du tribunal civil a été consacré par le législateur français dans trois hypothèses spéciales et par le droit conventionnel. L'article 2 alinéa 2 de la loi du 19 juin 1930 (2) dispose que l'exercice de la profession de banquier est interdite « aux faillis non réhabilités dont la faillite a été déclarée par une juridiction étrangère quand le jugement déclaratif a été déclaré exécutoire en France ». De même, aux termes de l'article 7 alinéa 2 du décret-loi du 8 août 1935 (3) et de l'article 3 alinéa 2 de la loi du 30 août 1947 (4) ces mêmes faillis ne peuvent remplir les fonctions d'administrateur d'une société anonyme ou de gérant d'une société à responsabilité

---

que ce sera aux tribunaux de commerce, parmi les tribunaux français indiqués d'une manière générale par l'article 2123 précité, à déclarer exécutoires en France les jugements rendus par les tribunaux de commerce étrangers, et que vouloir, au contraire, attribuer ce droit de déclaration aux tribunaux civils exclusivement, ce serait apporter dans l'application des lois sur la compétence une fâcheuse perturbation ». Cette solution prévaut également en droit luxembourgeois.

(1) Paris, 16 avril 1855, S., 1855.II.335 ; Colmar, 10 février 1864, S., 1864.II.122 ; Chambéry, 12 février 1869, S., 1870.II.9 ; Trib. civ. Seine, 21 février 1896, *Clunet*, 1896, p. 621 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5e éd., t. XII, § 769 *ter*, p. 515 ; Valery, *op. cit.*, n° 946 ; Percerou et Desserteaux, *op. cit.*, t. III, p. 247 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. II, n° 11591. Il est à noter que ce point de vue prévaut également en Belgique.

(2) Loi du 19 juin 1930, D., 1930.IV.193.

(3) Décret-loi du 8 août 1935, D., 1935.IV.219.

(4) Loi du 30 août 1947, D., 1947.L.344.

limitée et ils n'ont pas le droit d'entreprendre une profession commerciale ou industrielle. Et dans ces trois cas, le législateur précise que « la demande d'exequatur peut être formée devant le tribunal civil du domicile du failli par le Ministère Public ». Les rédacteurs de la convention franco-belge du 8 juillet 1899 se sont également prononcés en ce sens puisqu'ils ont précisé dans l'article 12 alinéa 2 que « l'exequatur est accordé par le tribunal civil du lieu où l'exécution doit être poursuivie ».

Il ne suffit pas, toutefois, d'opérer un choix entre les juridictions civiles et commerciales et de se prononcer en faveur des premières. Il importe également de déterminer le tribunal compétent *ratione loci*. Il semble *a priori*, que ce problème a été solutionné par la loi du 19 juin 1930, par le décret-loi du 18 août 1935, et par la loi du 30 août 1947. Ces trois textes indiquent que la décision d'exequatur doit être rendue par le juge du domicile du failli. Cette attribution de compétence n'est pas, cependant, fondée. D'une part, il ne faut pas oublier que le législateur s'est prononcé dans trois cas très particuliers et il est peut-être imprudent de déduire de ces dispositions législatives un principe général de compétence. D'autre part, il est peu probable que le débiteur ait un véritable domicile sur notre territoire. D'ailleurs, dans l'affirmative, il est permis de se demander si la juridiction française saisie ne doit pas refuser de déclarer exécutoire la décision étrangère, puisqu'en principe, la faillite doit être prononcée par un tribunal français lorsque le domicile du débiteur se trouve en France. Certes, il est possible d'objecter que la jurisprudence française ne se montre pas aussi stricte. Elle accepte d'accorder l'exequatur à un jugement déclaratif étranger même lorsqu'il n'a pas été prononcé par le tribunal du domicile du failli, dans la mesure où cette solution offre des avantages pour les créanciers nationaux. Cette situation est, cependant, exceptionnelle. Il ne faut donc pas tirer de ces circonstances particulières une règle générale de compétence. Il n'est d'ailleurs peut-être pas nécessaire de conférer ce droit de déclarer exécutoire une décision étrangère à un seul tribunal. Ce principe s'il prévalait risquerait d'aller à l'encontre des buts poursuivis par la jurisprudence française. Les juges saisis d'une demande d'exequatur recherchent essentiellement si cette solution présente un intérêt pour les créanciers nationaux. Supposons que cette condition soit réalisée, le tribunal devant lequel est portée l'action doit se déclarer incompétent s'il n'est pas celui du domicile dans la mesure où il serait établi que seul ce dernier peut se prononcer. Aussi, pour éviter ces inconvénients fâcheux, il est préférable de reconnaître le droit de statuer au tribunal du centre de l'activité du débiteur en France s'il en a un et à défaut à celui du lieu de situation des biens (1).

Le tribunal compétent *ratione loci* ayant été ainsi déterminé, il est nécessaire ensuite de rechercher par quelle personne il peut être

(1) Pillet s'est montré plus restrictif et il faut le regretter. Il estime que « s'agissant d'exécution seulement, les biens sur lesquels l'exécution a lieu fixeront la compétence du tribunal ». *Traité pratique de droit international privé*, t. II, n° 780, p. 887.

saisi. Il semble que tout individu intéressé peut demander l'exequatur du jugement déclaratif étranger (1). Toutefois, la notion d'intérêt n'est pas définie et dans chaque espèce, la juridiction saisie doit se livrer à une appréciation en fonction des faits. Il faut classer cependant, en règle générale, dans la catégorie des individus ayant intérêt à ce que la décision soit déclarée exécutoire le syndic étranger, les créanciers de la faillite (2) et le failli. La demande peut être également portée devant le tribunal civil par le Ministère Public en vertu des lois du 19 juin 1930 et du 30 août 1947, du décret-loi du 8 août 1935 dans le but seulement de frapper de certaines incapacités et déchéances les faillis non réhabilités dont la faillite a été prononcée dans un autre état.

Cette demande peut être formée par la personne intéressée à tout moment puisqu'il n'est prévu aucun délai au-delà duquel il serait impossible de saisir la juridiction compétente. Le tribunal civil de la Seine en a donc déduit le 10 mars 1900 (3) que l'exequatur d'une décision étrangère de faillite peut être sollicité plus d'un an après le décès du failli. En effet, un jugement d'exequatur n'équivaut pas à un jugement déclaratif de faillite en France. Il se borne à constater l'existence d'une faillite précédemment prononcée à l'étranger, et déclare que celle-ci produira ses effets sur notre territoire.

Il n'est pas suffisant, toutefois, de déterminer les personnes qui ont la possibilité d'introduire une instance en exequatur et de préciser les délais qui leur sont impartis. Il importe également de rechercher selon quelles formes la demande peut être portée devant la juridiction civile. En règle générale, ce point ne soulève pas de graves problèmes. Normalement, la demande est formée contre le condamné ou une personne déterminée à l'égard desquels on désire faire produire sur notre territoire effet au jugement déclaratif. Elle doit donc être introduite par voie d'assignation. Certains auteurs font, cependant, observer qu'il n'en est pas toujours ainsi (4). Parfois, le syndic veut seulement que la décision étrangère soit déclarée exécutoire en vue de s'en servir ultérieurement ou d'éviter qu'une nouvelle procédure soit organisée en France. Dans cette hypothèse, il n'existe pas d'adversaire réel et la voie de l'assignation ne peut pas être utilisée. La demande doit alors être introduite par une requête. Ce point de vue est également partagé par certains tribunaux et les justifications qu'ils proposent pour fonder leur opinion sont très variées. Tout d'abord, ce mode de saisie de la juridiction compétente ne doit pas surprendre puisqu'en France les jugements de déclaration de faillite sont aussi rendus sur simple requête (5). Ce procédé s'impose également du fait que la demande est généralement formée « d'une manière absolue et générale

(1) Valensi, *Répert. dr. int.*, t. VIII, V° Faillite, n° 382 ; Pillet, *op. cit.*, t. II, n° 780, p. 886 ; Ponsard, *Jur. class. dr. int., pr.*, 5e vol., fasc. 568, n° 64.

(2) Paris, 8 juillet 1880, *Clunet*, 1880, p. 581.

(3) Trib. civ. Seine, 10 mars 1900, *Clunet*, 1900, p. 585, confirmé par Paris, 14 novembre 1901, *Clunet*, 1902, p. 110.

(4) Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2e éd., t. VI p. 277 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 5e éd., t. VIII, n° 1254 p. 790 ; Valensi, *Répert. dr. int.*, t. VIII, V° Faillites, n° 383.

(5) Douai, 14 août 1845, S., 1846.II.303.

et non contre une partie » (1). Enfin, ce système est d'autant plus justifié lorsque la décision étrangère a été rendue de cette façon. Il n'est pas possible d'objecter selon la Cour de Douai (2) « que la demande en exequatur constitue une action principale, une instance à part, pour laquelle on doit observer la règle commune qui veut que le défendeur soit assigné ; il faut, au contraire, reconnaître que cette demande en exequatur, dont le but est de procurer la force d'exécution au jugement étranger, n'est que la continuation et le complément d'une instance déjà engagée ; le tribunal doit être saisi dans l'état où elle se trouvait, devant les juges étrangers, sans qu'on doive appeler dans la cause une partie qui n'y figurait pas ».

Cette argumentation n'est pas justifiée. Tout d'abord, il est incontestable que l'article 440 ancien Code de commerce français prévoyait que le tribunal pouvait être saisi à la requête des créanciers, sans que le débiteur fût mis en cause. Ce procédé permettait, en particulier, d'éviter d'attirer l'attention du commerçant qui aurait peut-être été tenté de distraire une partie de l'actif à son profit. Il ne faut pas oublier, cependant, que l'article 4 du décret du 20 mai 1955 relatif aux faillites et aux règlements judiciaires a supprimé ce mode de saisine et ce point n'est contesté ni par la doctrine, ni par la jurisprudence (3). L'argument avancé par certaines juridictions n'est donc plus fondé puisque la voie de la requête n'est plus admise par le droit positif français en matière de faillite.

Il est également difficile de soutenir que parfois il n'existe pas d'adversaire sérieux (4). Le syndic qui sollicite l'exequatur d'un jugement déclaratif étranger agit ainsi parce qu'il estime qu'il devra s'en prévaloir ultérieurement contre une ou plusieurs personnes déterminées. Ce sera le failli lui-même ou un débiteur de la faillite susceptible d'être poursuivi en paiement de ce qu'il doit, ou un créancier avantagé d'une manière frauduleuse par le failli. Il ne faut donc pas dire que quelquefois il n'y a pas de défendeur réel. S'il en était ainsi il serait permis de s'interroger sur les raisons qui incitent le représentant étranger de la masse à demander l'exequatur puisque son action serait dépourvue d'intérêt. Il est plus juste d'affirmer que le syndic n'a pas l'intention dans l'immédiat d'invoquer le jugement déclaratif contre un ou plusieurs individus dénommés, mais qu'il est certain de s'en prévaloir par la suite contre l'un deux. Il se peut également qu'il ne sache pas toujours dès le départ, contre qui il se réserve principalement le droit d'agir lorsque les personnes susceptibles d'être mises en cause sont nombreuses. En définitive, il existe toujours un et parfois plusieurs

---

(1) Colmar, 10 février 1864, S., 1864.II.122.

(2) Douai, 14 août 1845, S., 1846.II.303 ; en ce sens également : Paris, 30 novembre 1886, *Journ. faill.*, 1887, art. 753, p. 60.

(3) Houin, *Rev. trim. dr. com.*, 1955, p. 518, note 1 ; Argenson, Toujas et Dutheil, *Faillites et règlements judiciaires*, 3e éd., n° 59 ; Cass. com., 25 février 1958, *J.C.P.*, 1958.II.10510, note Nectoux, D., 1958, p. 308, *Gaz. Pal.*, 1958.I.284 ; Nice, 22 août 1958, *Rev. trim. dr. com.*, 1958, p. 826 ; Limoges, 26 mars 1962, *Gaz. Pal.*, 10-12 oct. 1962.

(4) Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, n° 780, t. II ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. II, n° 11597.

adversaires éventuels. La voie de la requête ne peut donc pas être utilisée et il suffit, pour éviter toute difficulté, de former la demande contre le défendeur qui semble le plus sérieux.

Enfin, la justification proposée par la Cour de Douai en faveur du procédé de la requête n'est pas admissible. La demande en exequatur n'est pas « la continuation et le complément d'une instance déjà engagée ». Comme le fait observer Travers « il y a si bien deux procédures se succédant que les lois applicables à chacune d'elles sont différentes » (1).

Lorsque l'instance en exequatur a été introduite devant le tribunal compétent par une personne intéressée et selon les formes prescrites, il importe de déterminer à qui incombe la charge de la preuve. Cette question est très controversée. Le conseiller Marignan dans son rapport qui précède un arrêt rendu par la Cour de Cassation le 15 janvier 1896 (2) estime que l'individu qui sollicite l'exequatur n'est pas obligé de prouver que la décision étrangère ne viole pas l'ordre public, qu'elle n'est pas contraire à telle ou telle disposition législative française. En règle générale, il ne connaît pas la législation française, et il est dans l'impossibilité d'apporter cette preuve. Il doit se contenter, et ce point de vue est partagé par M. Batiffol (3) d'établir que le jugement qu'il produit a été rendu dans les formes et par la juridiction qualifiée, d'après la loi étrangère, et qu'il est devenu définitif. D'ailleurs, fait à juste titre remarquer le Conseiller Marignan, ce principe semble consacré par le droit conventionnel. La convention franco-suisse dispose dans son article 16 (4) que « la partie en faveur de laquelle on poursuivra, dans l'un des deux états, l'exécution d'un jugement ou d'un arrêt devra produire au tribunal ou à l'autorité compétente du lieu ou de l'un des lieux où l'exécution doit avoir lieu :

1. l'expédition du jugement ou de l'arrêt légalisé par les envoyés respectifs ou, à leur défaut par les autorités de chaque pays ;

2. l'original de l'exploit de signification dudit jugement ou arrêt, ou tout autre acte qui dans le pays tient lieu de signification ;

3. un certificat délivré par le greffier du tribunal où le jugement a été rendu, constatant qu'il n'existe ni opposition ni appel, ni autre acte de recours ».

Et l'article 17 ajoute que « l'autorité saisie de la demande d'exécution n'entrera point dans la discussion du fond de l'affaire, elle ne pourra refuser l'exécution que dans les cas suivants :

1. si la décision émane d'une juridiction incompétente ;

---

(1) Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. II, n° 11593 ; Batiffol, *Traité*, 3e éd., n° 750, p. 838 ; Cass. Req., 20 novembre 1893, D.P., 1894.I.425.

(2) Rapport du Conseiller Marignan, Cass. Req., 15 janvier 1896, *Clunet*, 1896, p. 360.

(3) Batiffol, *op. cit.*, n° 765, p. 860.

(4) Texte de la convention dans Percerou et Desserteaux, *op. cit.*, t. III, p. 314.

2. si elle a été rendue sans que les parties aient été dûment citées et légalement représentées ou défaillantes ;

3. si les règles de droit public ou les intérêts de l'ordre public du pays où l'exécution est demandée s'opposent à ce que la décision de l'autorité étrangère y reçoive son exécution ». N'est-il pas certain, estime le Conseiller Marignan, et cette conclusion semble pertinente, qu'« il ressort de la comparaison des termes de ces deux articles que les conditions, énumérées dans le premier, sont à la charge du demandeur à l'exequatur, tandis que celles prévues par le second incombent au défendeur ».

Cette prise de position n'est d'ailleurs pas propre à la doctrine. La jurisprudence s'est également prononcée en ce sens. La Cour de Cassation a été très explicite sur ce point le 15 janvier 1896 (1). Le tribunal de commerce de Bruxelles avait homologué un concordat obtenu par un dénommé Francq. Celui-ci sollicitait l'exequatur de ce jugement afin de l'opposer à un sieur Lepreux, défendeur à l'exequatur. Ce dernier ne contestait pas que la décision avait été rendue par une juridiction compétente et qu'elle était devenue définitive en Belgique. Il estimait simplement que le jugement ne pouvait pas être déclaré exécutoire parce que le concordat obtenu était en contradiction avec les dispositions de l'article 507 du Code de commerce et que Francq n'apportait pas la preuve contraire. La juridiction Suprême n'a pas admis son argumentation puisqu'elle a déclaré que « Lepreux se trouvant demandeur dans son exception, c'est à lui qu'incombait la preuve de la prétendue violation de la loi française qu'il invoquait ».

Cette règle, élaborée par la doctrine et la jurisprudence, consacrée par le droit conventionnel est, cependant, rejetée par quelques auteurs et en particulier par Travers (2). Selon ce dernier le demandeur a l'obligation d'établir tous les éléments nécessaires au succès de sa prétention. Il n'est précisé dans aucun texte que l'étranger est présumé ignorer la législation française. Il doit, au contraire, se documenter avant de porter sa demande devant un tribunal français. Il est faux également de soutenir qu'on met à la charge du demandeur la preuve d'un fait négatif en lui imposant d'établir que le jugement ne viole ni l'ordre public, ni certains textes de la loi française. Il doit prouver que les mesures prises par la juridiction étrangère sont conformes à celles admises par la législation française. Enfin, la position adoptée par les rédacteurs du traité franco-suisse ne peut pas être considérée comme un argument sérieux. Les accords conclus en matière d'exécution de jugements « ont beaucoup plus pour but de modifier le droit commun que de le confirmer ».

Ces critiques formulées par Travers ne sont pas fondées. Tout d'abord il n'est pas nécessaire qu'un texte dispose que l'étranger est censé ignorer la loi française. C'est une règle de bon sens. Il semble difficile de l'obliger à se renseigner avant de solliciter l'exequatur. Si une telle

(1) Cass. Req., 15 janvier 1896, *Clunet*, 1896, p. 360.
(2) TRAVERS, *Le droit commercial international*, Vol. VII, **fasc. II, n° 11601**, p. 165.

exigence prévalait le demandeur hésiterait souvent à introduire son action, car ce serait une opération très coûteuse. La personne consultée devrait analyser minutieusement les dispositions de la loi étrangère appliquée et celles de la loi française et rechercher s'il existe une certaine conformité entre les deux. En se montrant aussi sévère à l'égard de l'étranger qui porterait sa demande devant l'une de nos juridictions civiles le droit positif risquerait de porter préjudice aux créanciers nationaux qui ont souvent intérêt à ce que le jugement soit déclaré exécutoire sur notre territoire. De plus. comment peut-on obliger un étranger à établir qu'il existe une concordance entre les conséquences de la décision invoquée et l'ordre public français ? Il est impossible de donner une définition de cette notion. Elle dépend de « l'opinion qui prévaut à chaque moment en France », comme l'a fait observer la Cour de Cassation, le 22 mars 1944 (1). Enfin, il n'est pas possible de soutenir que les dispositions énoncées dans la convention franco-suisse ne sont pas des justifications valables. Il est erroné de dire que les traités conclus en matière d'exécution de jugements tendent à modifier le droit commun. Ils cherchent plutôt à le faire progresser comme la plupart des accords diplomatiques. Dès lors, la solution préconisée par les rédacteurs du traité doit être considérée comme la meilleure.

Lorsqu'il a été régulièrement saisi, le tribunal français doit se livrer à certaines vérifications avant de déclarer exécutoire la décision étrangère. Il doit, tout d'abord, rechercher si la faillite a été prononcée par une juridiction compétente, c'est-à-dire par le tribunal du domicile du commerçant ou du siège social de la société (2). Et s'il n'en est pas ainsi, il doit refuser l'exequatur (3).

Ce principe général comporte, cependant, certaines exceptions regrettables. La jurisprudence française se montre très libérale. Elle accorde l'exequatur même lorsque le jugement n'a pas été rendu par le tribunal du lieu du principal établissement. Dans ces hypothèses, elle recherche essentiellement quel est l'intérêt des créanciers nationaux. Cette position adoptée par nos tribunaux peut se concevoir sur le plan pratique. Elle doit être, cependant, rejetée car elle n'a aucun fondement juridique : ou bien la faillite est universelle, et elle doit avoir une portée extraterritoriale ou bien elle est territoriale, et elle doit être limitée au territoire sur lequel elle a été déclarée. Toute solution intermédiaire est injustifiable.

La juridiction civile avait également jusqu'à ces derniers temps le droit de réviser au fond la décision produite (4). La jurisprudence l'avait plusieurs fois précisé (5) et la Cour de Colmar avait été parti-

---

(1) Cass. civ., 22 mars 1944, D. crit., 1944, p. 145.

(2) Percerou et Desserteaux, *op. cit.*, t. III, p. 249 ; Ponsard, *Jur. Class. dr. int.*, 5e vol., fasc. 568, n° 69 ; Niboyet, *Traité de droit international privé*, t. VI, p. 163.

(3) Cette position est également celle de la jurisprudence belge, cf. Humblet, « Des effets de la faillite déclarée à l'étranger d'après la jurisprudence belge », *Clunet*, 1880, p. 87.

(4) Valensi, *Répert. dr. int.*, t. VIII, V° Faillite, n° 387 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1251 ; Pic, *op. cit.*, *Clunet*, 1892, p. 604.

(5) Paris, 7 février 1894, *Clunet*, 1894, p. 1013 ; Trib. Seine, 7 novembre 1894, *Clunet*, 1895, p. 93.

culièrement claire sur ce point (1), le 10 février 1864. Mais la Chambre civile de la Cour de Cassation dans un arrêt rendu le 7 janvier 1964 (2) se prononce en sens contraire. Elle énumère les conditions traditionnellement requises pour que le juge puisse accorder l'exequatur, avec cette importante restriction : « *sans que ce juge doive procéder à une révision au fond de la décision* ».

Enfin, l'exequatur ne peut pas être accordé si certaines dispositions de la décision étrangère portent atteinte à l'ordre public français (3). Il importe de signaler, cependant, que le tribunal saisi a le droit de n'accorder qu'un exequatur partiel lorsqu'il est possible d'opérer une distinction entre les différents effets provoqués par la déclaration de faillite (4).

Lorsque les juges français ont effectué toutes leurs vérifications et ont rendu un jugement d'exequatur, celui-ci est susceptible de voies de recours. L'exercice de celles-ci soulève un problème important. Le droit français de la faillite réglemente l'admission de ces voies et prévoit des délais de recours très brefs dans un but de célérité (5), car le jugement produit ses effets au jour même où il a été rendu. Les délais d'opposition et de tierce opposition sont de huit jours. L'appel peut être interjeté dans les quinze jours à compter du jour de la signification. Dans ces conditions, il importe de préciser si les voies de recours ouvertes contre une décision d'exequatur sont celles du droit commun ou celles particulières à la faillite. La doctrine et la jurisprudence se prononcent en faveur de la première solution car elles font observer à juste titre que le jugement d'exequatur n'est pas un jugement déclaratif de faillite malgré les droits reconnus à la juridiction française saisie (6).

---

(1) Colmar, 10 février 1864, S., 1864.II.122, « Que l'ordonnance de 1629 pas plus que les articles 546, 2122 et 2128 des codes précités, n'autorisent les tribunaux à déclarer les jugements rendus en pays étrangers, exécutoires en France par simple forme de visa, sans examen préalable et sans révision ; qu'appelés, au contraire à rendre une décision, ils ne peuvent statuer qu'après délibération, et, par conséquent, qu'en connaissance de cause, soit quant aux faits déclarés ou constatés par le jugement qui leur est soumis, soit quant aux conséquences juridiques que ces faits engendrent ou qui en découlent ».

(2) Cass. civ., 7 janvier 1964, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1964, p. 344, note Batiffol, *Rev. trim. dr. com.*, 1964, p. 455, note Loussouarn, *J.C.P.*, 1964.II.13590, note Ancel.

(3) Pic, *op. cit.*, *Clunet*, 1892, p. 605-606 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1251 ; Valensi, *Répert. dr. int.*, t. VIII, V° Faillite, n° 394 ; Ponsard *Jur. class. dr. int. pr.*, 5e vol., fasc. 568, n° 73 ; Valery, *op. cit.*, n° 946 ; Travers *op. cit.*, Vol. VII, fasc. II, n° 11598.

(4) Valensi, *Répert. dr. int.*, V° Faillite, n° 399 ; sur l'exequatur partiel, cf. Loussouarn, note sous Paris, 18 octobre 1962, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1964, p. 126.

(5) Articles 454 à 456 du Code de commerce ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 5e éd., t. VII, nos 126 et s. ; Juliot de la Morandière, Rodière et Houin, *Droit commercial et droit fiscal des affaires*, 1959, t. II, n° 250 ; Escarra, *Cours de droit commercial*, 1952, n° 1485, p. 1052.

(6) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 5e éd., t. VIII, n° 1256 ; Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2e éd., t. VI, p. 277 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. II, n° 11604, 11605 ; Valensi, *Répert. dr. int.*, V° Faillite, n° 405 ; Ponsard, *Jur. class. dr. int.*, 5e vol., fasc. 568, n° 76 ; Chambéry, 29 mai 1890, *Journ. faill.*, 1891, article 1382, p. 82, « ... en ce qui touche le délai de l'appel, qu'on ne saurait appliquer au jugement déféré les dispositions

Certains auteurs invoquent le même argument pour refuser de soumettre la décision d'exequatur aux formalités spéciales de publicité prévues par le Code de commerce français dans son article 451 (1). Dans ce texte, le législateur ne prévoit l'accomplissement de mesures de publicité que pour le jugement déclaratif de faillite français. Il est donc impossible d'étendre ces dispositions au jugement d'exequatur en raison des différences qui existent entre ces deux décisions. La juridiction française qui déclare exécutoire sur notre territoire le jugement étranger ne pourrait même pas, si elle le désirait, organiser cette publicité car celle-ci ne doit être prescrite que par une disposition législative.

Cette opinion n'est pas, cependant, partagée par une partie de la doctrine et par la jurisprudence (2). L'avocat général Petiton dans ses conclusions adoptées par la Cour de Cassation le 26 octobre 1887 estime que la décision d'exequatur doit être publiée car elle intéresse, comme la déclaration même de faillite, un nombre de personnes indéterminé et elle n'est pas susceptible d'être signifiée individuellement à tous ceux qui sont en droit d'y contredire. La publicité remplace la signification pour rendre le jugement définitif et exécutoire. Il faut ajouter que cette publicité est un moyen de protection efficace des créanciers français qui peuvent ainsi produire à la faillite de leur débiteur puisqu'ils savent que celle-ci a des effets complets sur notre territoire.

En dépit de ces divers avantages d'ordre pratique, il faut néanmoins se ranger momentanément à l'avis de ceux qui n'admettent pas que le jugement d'exequatur puisse être publié en l'absence de textes législatifs ou des conventions diplomatiques le précisant. Mais il est souhaitable que le législateur organise cette publicité.

Après avoir recherché si la décision d'exequatur doit ou ne doit pas être soumise à une certaine publicité, il importe, en dernier lieu, de déterminer la date à partir de laquelle la faillite prononcée à l'étranger produit des effets en France. En règle générale, il s'écoule une période assez longue entre le moment où le jugement déclaratif étranger est rendu et celui où il est déclaré exécutoire sur notre territoire. Trois dates sont ainsi susceptibles d'être retenues pour lui reconnaître l'autorité de la chose jugée. Il est possible, tout d'abord, d'admettre que la faillite a une portée extraterritoriale à partir du jour où elle a été pro-

---

édictées par l'article 582 du Code de commerce qui visent les jugements en matière de faillite ; qu'il ne suffit pas, en effet, pour qu'un jugement ait ce caractère, qu'il soit la conséquence de décisions rendues dans le cours des opérations de la faillite ; que les expressions jugements en matière de faillite ne peuvent s'entendre que des décisions portant directement sur des difficultés provoquées par les opérations elles-mêmes de la faillite, et qu'il n'en est point ainsi d'un jugement d'exequatur à l'occasion duquel aucune contestation n'est engagée sur le fonds de ces difficultés ».

(1) PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. II, n° 780, p. 888 ; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. VIII, n° 1257 ; WEISS, *op. cit.*, t. VI, p. 276.

(2) VALENSI, *Répert. dr. int.*, V° Faillite, n° 402 ; PONSARD, *Jur. class. dr. int.*, 5e vol., fasc. 568, n° 78 ; Cass. Req., 26 octobre 1887 et conclusions de l'avocat général Petiton, D., 1888.I.110, observations du conseiller Cotelle rapporteur, *Journ. faill.*, 1887, art. 890, p. 449. Voir également Trib. grande instance Seine, 22 décembre 1965, *Revue critique de droit international privé*, 1966, p. 490, note. Gavalda.

noncée. Cette rétroactivité du jugement d'exequatur est défendue par certains auteurs (1). La faillite admise en France demeure une faillite étrangère régie par la loi étrangère qui doit préciser le moment à partir duquel elle produit certains effets. Ce point de vue est également partagé par d'autres auteurs qui limitent cependant le caractère rétroactif du jugement d'exequatur, à certaines hypothèses. Cette rétroactivité ne doit jouer qu'à l'encontre de tiers de mauvaise foi qui auraient su que leur contractant ne faisait plus face à ses obligations et qui auraient accepté, néanmoins, de passer certains actes (2).

Cette solution n'est pas satisfaisante (3). Il ne faut pas oublier, tout d'abord, qu'une décision étrangère n'a une existence légale sur notre territoire qu'à partir du jour où les juridictions françaises l'ont déclarée exécutoire. Dans la mesure où elle n'a pas reçu l'exequatur en France, on a le droit de l'y ignorer. Dès lors, si elle produisait ses effets depuis la date où elle a été rendue, elle risquerait de porter atteinte à des droits acquis. Il est impossible également d'accepter la solution proposée par certains tenants de la rétroactivité qui désirent en limiter le domaine d'application aux tiers de mauvaise foi. Comment établir qu'une personne a su ou non que tel commerçant a été déclaré en faillite dans un autre état ? Enfin, comme le fait observer Travers « le jugement d'exequatur, qui donne à une décision étrangère une force qui ne pouvait jusque là lui appartenir en raison de l'autorité même dont elle émane, est constitutif, non déclaratif de droits. Toute rétroactivité doit, par suite, être déniée » (4).

D'autres auteurs conscients de ces difficultés se sont montrés plus prudents. Ils ont estimé que la faillite étrangère ne peut avoir des effets sur notre territoire qu'à partir du moment où la demande d'exequatur a été portée devant la juridiction française (5). La décision d'exequatur serait rétroactive, mais cette rétroactivité serait très restreinte. Ce système doit être rejeté également. Juridiquement il est impossible de le justifier.

Il est préférable de se rallier à la thèse de la doctrine dominante et de l'ensemble de la jurisprudence (6). Le jugement déclaratif étranger n'a en France l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire que le jour du prononcé de l'exequatur. Cette opinion se retrouve également dans certaines décisions italiennes et, en particulier, dans un arrêt de

---

(1) Weiss, *op. cit.*, t. VI, p. 278.

(2) Cf. les auteurs cités par Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 5e éd., t. VIII, p. 795, note 2.

(3) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1258 ; Valensi, *Répert. dr. int.*, V° Faillite, n° 413.

(4) Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. II, n° 11609.

(5) Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, t. II, n° 780, p. 888.

(6) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1258 ; Valensi, *Répert. dr. int.*, V° Faillite, n° 413 ; Ponsard, *Jur. class. dr. int.*, 5e vol., fasc. 568, n° 79 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. II, n° 11610 ; Cass. civ., 26 juin 1905, *Clunet*, 1905, p. 1014 ; Paris, 1er juin 1906, *Clunet*, 1907, p. 135, *Rev. dr. int. pr.*, 1909, p. 221 ; Trib. Seine, 2 août 1887, *Clunet*, 1888, p. 89 ; Trib. Seine, 10 mars 1900, *Clunet*, 1900, p. 585 ; Trib. Marseille, 27 avril 1894, *Clunet*, 1896, p. 613 ; Trib. com. Marseille, 26 janvier 1900, *Clunet*, 1900, p. 584.

la Cour d'Appel de Florence du 11 septembre 1889 (1) qui précise que « les jugements étrangers déclarés exécutoires en Italie n'y ont pas d'effets rétroactifs et ne peuvent en produire qu'à dater du jour de l'arrêt de la Cour italienne qui en autorise l'exécution ».

La faillite prononcée par le tribunal étranger du domicile du débiteur peut donc avoir une portée extraterritoriale et celle-ci se manifeste à partir du moment où le jugement d'exequatur a été rendu. Il ne faut pas oublier, cependant, que la jurisprudence française ne recourt pas toujours à ce système et préfère, parfois, organiser une faillite locale.

## Section II. — Conditions requises pour que le principe de la territorialité de la faillite soit admis

### § 1. — LE COMMERÇANT ÉTRANGER PEUT ÊTRE DÉCLARÉ EN FAILLITE EN FRANCE LORSQU'IL A SUR NOTRE TERRITOIRE UN ÉTABLISSEMENT SECONDAIRE, UNE SUCCURSALE (2) OU DES AVOIRS (3), ET LORSQU'IL Y EXERCE LE COMMERCE (4) OU Y CONCLUT DES MARCHÉS (5).

Cette règle élaborée par la jurisprudence française a été justifiée de différentes manières. L'argument le plus souvent avancé est que

---

(1) Cour de Florence, 11 septembre 1889, *Clunet*, 1892, p. 292.

(2) Paris, 14 novembre 1889, *Ann. dr. com.*, 1890.I.53 ; Paris, 17 juillet 1877, S., 1880.II.195 ; Paris, 23 novembre 1895, *Clunet*, 1896, p. 61 ; Trib. com. Lyon, 19 juillet 1907, *Journ. faill.*, 1907, p. 431, article 4535 ; Trib. com. Seine, 14 janvier 1914, *Clunet*, 1916, p. 1292 ; Trib. com. Seine, 18 novembre 1927, *Rev. dr. int. pr.*, 1929, p. 144. Cette tendance se retrouve également dans les décisions belges : Trib. civ. Dinant, 10 juin 1885, *Clunet*, 1887, p. 360 ; grecques : Cour d'Appel d'Athène, 1892, *Clunet*, 1893, p. 234 ; italiennes : Cour d'Appel de Milan, 8 mars 1898, Cour de Cassation de Turin, *Clunet*, 1901, p. 850.

(3) Colmar, 10 mai 1932, *Clunet*, 1934, p. 99. La jurisprudence anglaise adopte la même solution. La « Court of Appeal » a déclaré le 14 juillet 1950, *Clunet*, 1954, p. 217, qu'une société étrangère qui n'est pas enregistrée en Angleterre comme société étrangère et qui n'y a pas de centre d'affaires pourra être liquidée par les tribunaux anglais si la société a des biens en Angleterre.

(4) Paris, 10 novembre 1886, *Clunet*, 1886, p. 711 ; Paris, 23 novembre 1895 D., 1897, p. 497 ; Cass. Req., 5 juillet 1897, *Clunet*, 1897, p. 1021 ; Cass. Req., 14 avril 1934, *Gaz. Pal.*, 1934.II.437. En Angleterre, la House of Lords » s'est prononcée également en ce sens le 9 février 1950, *Clunet*, 1954, p. 215. Elle a précisé que les tribunaux anglais sont compétents en matière de faillite en ce qui concerne les personnes énumérées à l'article 1, paragraphe 2, du Bankruptcy Act de 1914. Cette compétence s'étend à toute personne, qu'elle ait ou non la nationalité britannique, qui, à l'époque où elle a accompli un acte de faillite, ou en a subi les conséquences exerçait le commerce en Angleterre personnellement ou par l'intermédiaire d'un agent ou d'un directeur.

(5) Trib. com. Amiens, 8 mai 1888, *Clunet*, 1891, p. 917 : « Considérant que, suivant l'article 14 du Code civil, l'étranger peut être cité devant un tribunal français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France, avec un

nos tribunaux doivent être saisis lorsque le débiteur a fait appel aux capitaux français puisque les lois qui régissent la faillite sont des lois de police et de sûreté instituées pour déjouer la fraude et pour accroître les garanties du crédit public (1). Certains auteurs font également observer que la faillite est essentiellement une mesure concernant les biens. Les autorités territoriales sont donc souverainement compétentes pour la prononcer lorsque le commerçant a des avoirs dans un état (2).

Pour d'autres auteurs (3) la succursale ou l'établissement d'un commerçant peut être considéré comme l'équivalent de la résidence du non commerçant. Or, il faut attribuer à celle-ci les effets qu'aurait entraînés le domicile en matière de compétence s'il n'avait pas fait défaut. Ils se basent sur l'article 59, alinéa 1er du Code de procédure civile qui dispose qu'« en matière personnelle, le défendeur sera assigné devant le tribunal de son domicile ; s'il n'a pas de domicile, devant le tribunal de sa résidence ». Enfin, certaines décisions insistent sur le fait que la faillite doit être régie par des régles propres lorsqu'il s'agit de déterminer le tribunal habilité à la déclarer, puisqu'elle poursuit des buts spéciaux et a été organisée pour une catégorie particulière d'individus. Dans la mesure où elle ne frappe que des personnes exerçant une activité commerciale, c'est le fait d'exercer un commerce dans un Etat et non l'existence d'un domicile qui doit être attributif de compétence au profit des juridictions de ce pays. Les tribunaux français peuvent donc être saisis lorsqu'un étranger s'est contenté de passer certains marchés sur notre territoire (4).

Ces justifications proposées par la doctrine et par la jurisprudence ne sont pas fondées. Tout d'abord, comme nous l'avons déjà souligné, les lois qui réglementent la faillite ne sont pas susceptibles d'être classées

---

Français, et que les législateurs ont eu pour but d'empêcher que les étrangers ne puissent venir s'engager en France envers des tiers d'une façon illusoire, en abusant de leur confiance et sans avoir à craindre les dispositions des lois » ; Nancy, 29 avril 1911, *Clunet*, 1913, p. 1240 : « que, la compétence du Tribunal de commerce de Nancy ne peut être sérieusement contestée, qu'un étranger traitant des affaires en France serait justifiable des tribunaux français et pourrait y être déclaré en faillite ». En Angleterre, la « Chancery Division » a déclaré également le 17 mai 1950, *Clunet*, 1954, p. 217, que pour la procédure de sa liquidation en Angleterre, une société étrangère non enregistrée en Angleterre comme société étrangère, et qui n'a pas de centre d'affaires déterminé en Angleterre pourra être traitée comme y ayant un centre d'affaires si l'un de ses agents y a fait des affaires à intervalles réguliers à une même adresse.

(1) Aix, 3 avril 1884, *Clunet*, 1885, p. 81.

(2) Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8e éd., 1931, n° 1717 ; Levantal, « De la compétence des tribunaux français en matière de faillite en droit international privé », *Clunet*, 1937, p. 504 ; Niboyet, *Traité de droit international privé*, 1949, t. VI, p. 159. Ce principe se trouve énoncé dans l'article 63, alinéa 2, de l'ordonnance autrichienne sur la faillite du 19 décembre 1914 qui dispose que « si le failli n'exploite aucune entreprise en Autriche et s'il n'y a aucun domicile ordinaire, est compétent le tribunal de première instance dans le ressort duquel le failli a des biens ». La loi fédérale américaine sur la faillite adopte également cette solution. Cf. Kurt H. Nadelmann, « La loi américaine sur la faillite et le conflit de juridictions », *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 67.

(3) Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11126.

(4) Trib. com. Amiens, 8 mai 1888, *Clunet*, 1891, p. 917.

dans la catégorie des lois de police et de sûreté puisqu'elles n'ont pas pour objet la sûreté des personnes ou des propriétés et le maintien du bon ordre. Et même, s'il en était ainsi, il ne faudrait pas oublier que l'article 3 du Code civil en disposant que « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire » indique simplement que la loi française doit être appliquée dans certaines hypothèses sans préciser quelle est la juridiction chargée de le faire. La compétence judiciaire peut donc tout au plus être déduite indirectement de la compétence législative. Or, cette déduction n'offre aucun intérêt. Elle a le seul mérite de préciser que la faillite doit être prononcée par un tribunal français lorsque le débiteur habite le territoire. Cette indication est insuffisante puisque la jurisprudence admet la déclaration en faillite de commerçants étrangers en France, lorsqu'ils y possèdent simplement des biens (1).

Il est également dangereux de soutenir que la simple existence de biens sur notre territoire entraîne la compétence des juges français. Ceux-ci doivent prouver qu'elle est justifiée par certains intérêts tels que l'utilisation par le failli de capitaux français (2). De même, il est impossible d'affirmer que l'article 59, alinéa 1er du Code de procédure civile est attributif de compétence au profit de nos tribunaux. D'une part, il se contente de préciser que le défendeur doit être cité devant le tribunal de sa résidence s'il n'a pas de domicile. Aucune disposition ne permet d'en conclure que cette solution doit être également la même lorsque le défendeur a un domicile non pas en France mais à l'étranger. « Ce serait assimiler au défaut de domicile, l'existence d'un domicile à l'étranger » (3). D'autre part, même s'il était permis de s'appuyer sur ce texte il faudrait formuler les mêmes critiques qu'à l'encontre de l'article 3 du Code civil. Il n'autoriserait la saisine des juridictions françaises que lorsque le débiteur aurait une résidence sur notre territoire. Or, notre jurisprudence se montre encore plus libérale.

Enfin, il faut regretter que les tribunaux français se soient reconnus compétents, lorsque le débiteur s'est simplement livré en France à des opérations commerciales. Juridiquement, cette solution ne se justifie pas. Certes, les tenants de cette thèse font observer que les lois sur la faillite sont des lois de police et de sûreté. Celles-ci aux termes de l'article 3, alinéa 1er du Code civil « obligent tous ceux qui habitent le territoire » c'est-à-dire tous ceux qui se trouvent, qui agissent en France puisqu'il est admis que le mot « habiter » ne doit pas être interprété d'une manière stricte (4). Cet argument n'a, cependant, aucune valeur puisqu'il repose sur une erreur de classification. Pratiquement, cette solution admise par la jurisprudence ne présente également aucun intérêt. Lorsque le législateur a organisé la faillite, son intention a été de sauver du désastre le restant de l'actif. A cette fin, il a prévu le dessaisissement du débiteur et la répartition des biens de celui-ci entre

(1) LEVANTAL, *op. cit.*, *Clunet*, 1937, p. 502.
(2) PONSARD, *Jur. class. dr. int.*, 5° vol. fasc. 568, n° 18.
(3) LEVANTAL, *op. cit.*, *Clunet*, 1937, p. 503.
(4) TRAVERS, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11143 ; cf. également : BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3e éd., n° 557, p. 605.

ses créanciers. Dès lors quelle est l'utilité de cette institution lorsque le débiteur n'a aucun avoir sur notre territoire ? En réalité, il semble qu'en règle générale, nos tribunaux ont été plus nuancés. Ils ont pris en considération le fait que le commerçant avait passé certains marchés en France lorsqu'il y avait déjà d'autres éléments qui justifiaient leur intervention tels que l'existence de biens ou d'un domicile personnel (1).

En définitive, il ne faut pas croire que les juridictions françaises n'ont admis l'ouverture de faillites sur notre territoire que dans les hypothèses où cette solution pouvait se concevoir juridiquement. Parfois, elles ont tenté de trouver un fondement sérieux à leur position, mais ce souci n'a jamais été dominant. Très souvent, elles ont recherché essentiellement si l'organisation d'une faillite locale présentait des avantages pour les créanciers nationaux. Dans l'affirmative, elles n'ont pas hésité à la déclarer même si sur le plan théorique ce procédé était critiquable. Et dans tous les cas, elles ont limité son domaine d'application à notre territoire (2).

Il ne suffit pas, cependant, de déterminer dans quelles hypothèses les juges français acceptent d'être saisis. Il importe également de résoudre, d'une part, certains problèmes qui se posent lorsque la saisine de nos tribunaux est liée à l'existence d'une succursale en France et de préciser, d'autre part, le moment auquel doit exister le chef de compétence revendiqué.

### A. — La compétence des juridictions françaises est liée à l'existence d'une succursale sur notre territoire

Dans cette hypothèse il est important de donner une définition très claire de la notion de succursale puisqu'elle joue un rôle primordial dans la détermination de la compétence judiciaire. Le législateur ne s'étant jamais prononcé sur ce point, la doctrine et la jurisprudence ont dû remédier à cette lacune. La succursale, selon les auteurs et les tribunaux, possède certains caractères propres. C'est un établissement secondaire qui fonctionne sous le contrôle direct du siège social de l'entreprise tout en disposant d'une certaine autonomie. Elle est administrée par un représentant de la société qui conclut des affaires et réalise des opérations analogues à celles du principal établissement (3).

---

(1) Nancy, 29 avril 1911, *Clunet*, 1913, p. 1240.

(2) Wigny, « La faillite en droit international privé belge », *Rev. dr. int. pr.*, 1932, p. 634. La Cour de Paris dans une décision très ancienne ne semble pas, cependant s'être prononcée en ce sens. Elle a estimé, le 23 décembre 1847 ( S., 1848. II.355) que la faillite d'une succursale s'étendait à l'établissement principal situé en Espagne en faisant valoir « que l'affiliation de ladite maison (la succursale) à la maison de Madrid, la nature des opérations qui unissaient l'une à l'autre, et l'emploi d'une seule et même raison sociale pour les deux maisons, doivent les faire considérer, au regard des créanciers français, comme un seul et même établissement commercial, à l'ensemble duquel s'applique la mise en faillite ».

(3) Thaller et Pic, *Des sociétés commerciales*, 2e éd., 1925, t. I, p. 328 ; Escarra, *Cours de droit commercial*, 1952, p. 590, n° 928 ; Julliot de la Morandière et Houin, *Précis de droit commercial*, 1958, t. I, n° 175 ; Peytel et Heymann, « Les établissements à succurssales multiples », *Gaz. Pal.*, 1949.II, D.P., p. 30 ; Dijon, 14 mai 1912, S., 1913.II.8 ; Bourges, 7 novembre 1923, S., 1924.II.4 ; Besançon,

Elle apparaît donc, ainsi que l'a souligné le tribunal civil de Rouen le 30 novembre 1948 (1) « comme la réunion, sous une direction commune, d'établissements commerciaux travaillant pour un but et dans un intérêt commun ».

La situation apparaît, toutefois, plus compliquée lorsque le commerçant étranger possède plusieurs succursales sur notre territoire. Plusieurs tribunaux peuvent être saisis et il faut choisir. La solution la plus logique prévaut. Seul le tribunal du lieu où est située la principale succursale peut prononcer la faillite. Si plusieurs juridictions françaises ne respectent pas cette règle et acceptent de déclarer la faillite, il est nécessaire de procéder par voie de règlement des juges (2).

La présence d'un établissement secondaire sur notre territoire est-elle, toutefois, le seul élément nécessaire pour permettre au tribunal français de se reconnaître compétent ou doit-il exister, de plus, un lien entre cette succursale et la créance de la partie qui intente l'action. Le tribunal de commerce de la Seine a envisagé cette question, les 23 octobre 1908 et 18 novembre 1927 (3). Il a exigé, dans des termes très explicites dans la première décision, qu'il y ait une relation entre l'établissement situé en France et la dette qui est à l'origine de la poursuite dirigée contre l'entreprise étrangère. Cette exigence est concevable dans l'espèce présente car la demande de déclaration de faillite émanait d'un créancier étranger. Cette règle ne peut pas, cependant, être généralisée. Elle ne serait pas conciliable avec le but recherché par notre jurisprudence. Celle-ci essaie de déterminer principalement si l'ouverture d'une faillite locale est intéressante pour les créanciers nationaux. Dans l'affirmative, elle n'hésite pas à la déclarer même si sur le plan juridique cette solution ne peut pas être justifiée. Il serait donc illogique que les tribunaux imposent certaines conditions restrictives qui risqueraient de désavantager les créanciers français. Ceux-ci portent leur action devant nos juridictions même lorsqu'ils n'ont pas traité avec l'établissement secondaire situé sur notre territoire parce qu'ils croient, à tort parfois, qu'ils seront mieux protégés. Dès lors, en se déclarant incompétent en raison de l'absence de lien, le tribunal français saisi irait à l'encontre d'un des buts qui ont incité très souvent nos juges à accepter de prononcer la faillite. Il est préférable, dès lors, d'exiger seulement que la cessation des paiements se soit manifestée en France (4).

Si les créanciers nationaux ont la possibilité de saisir aisément nos juridictions lorsqu'une entreprise étrangère possède une succursale en France, il est étonnant que les créanciers étrangers jouissent du même droit comme le laisse supposer le tribunal de commerce de la

---

25 janvier 1928. S., 1928.II.63 ; Riom, 25 juin 1931, *Gaz. Pal.*, 1931.II.454 ; Aix, 9 mai 1933, *Gaz. Pal.*, 1933.II.218 ; Agen, 22 juillet 1935, *Gaz. Pal.*, 1935.II.695 ; Conseil d'Etat, 7 mars 1949, *Gaz. Pal.*, 1949.I.182.

(1) Trib. civ. Rouen, 30 novembre 1948, *Gaz. Pal.*, 1949.I.96.

(2) Ponsard, *Jur. class. dr. int.*, 5e vol. fasc. 568, n° 20 ; Cass. Req., 1er août 1906, *Clunet*, 1908, p. 1176 ; Cass. Req., 14 avril 1934, *Clunet*, 1935, p. 894.

(3) Trib. com., Seine 25 octobre 1908, *Clunet*, 1910, p. 201, 18 novembre 1927, *Gaz. Pal.*, 1928.I.272.

(4) Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11127.

Seine dans son jugement que nous avons déjà cité du 18 novembre 1927. Il déclare, en effet, que « la nationalité des parties n'empêche pas le tribunal de déclarer la faillite d'une société étrangère pouvant avoir son pincipal établissement à l'étranger » en précisant, cependant, que « ce tribunal ne saurait avoir compétence... que si ladite société a en France un siège commercial et si elle y est recherchée pour des affaires traitées avec ladite succursale de France ». Cette décision surprend, même si on tient compte du fait que les juges se sont montrés plus sévères en raison de l'extranéité des parties. Les auteurs et les magistrats qui se sont prononcés en faveur de la compétence des juridictions françaises dans les litiges entre étrangers ont invoqué un certain nombre d'arguments pour justifier leur point de vue. Ils ont fait valoir principalement que le principe de l'incompétence de nos tribunaux fondé sur les articles 14 et 15 du Code Civil lorsqu'il s'agit de contestations opposant des étrangers est tempéré par de nombreuses exceptions. Il en est ainsi, d'une part, lorsque l'ordre public est en jeu (1). La juridiction française saisie est donc en droit de se reconnaître compétente lorsque l'entreprise étrangère poursuivie a fait appel au crédit sur notre territoire puisque l'organisation du crédit touche à l'ordre public (2). Il existe d'autre part, un second cas où le principe d'incompétence est abandonné. Les contestations entre étrangers peuvent être laissées à l'appréciation de nos tribunaux lorsqu'il s'agit d'affaires commerciales, du moins dans les hypothèses visées par l'article 420 du Code de procédure civile (3).

Ces justifications ne sont pas déterminantes. En premier lieu, il n'est pas certain, comme nous l'avons déjà souligné, que les lois qui réglementent la faillite touchent à l'ordre public. Et même s'il en était ainsi il faut objecter qu'il existe des hypothèses où l'entreprise étrangère poursuivie n'a pas fait appel au crédit en France. Dans ces cas, la juridiction saisie ne peut pas s'appuyer sur l'ordre public pour fonder sa compétence. En second lieu, si le recours à l'article 420 du Code de procédure civile apparaît comme un argument plus sérieux, il n'en demeure pas moins qu'il est possible de reprocher à notre jurisprudence de faire preuve d'une certaine incohérence. Celle-ci cherche avant tout à protéger les créanciers nationaux. Une telle attitude peut se concevoir même si la solution adoptée ne peut pas toujours être justifiée juridiquement. Il semble étonnant, par contre, qu'elle se montre aussi bienveillante à l'égard des créanciers étrangers. Cette bienveillance, en

---

(1) Batiffol, *op. cit.*, 3e éd., 1959, n° 698 ; Savatier, *Cours de droit international privé*, 1947, n° 209.

(2) Percerou et Desserteaux, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2e éd., 1938, t. III, n° 1722.

(3) Batiffol, *op. cit.*, n° 698 ; Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn, *Droit international privé*, 7e éd., n° 413 ; Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, 5e éd., t. VIII, n° 1234 ; Cass. civ., 9 mars 1863, S., 1863.I.225 ; Cass. Req., 22 novembre, 1875, S., 1876.I.213.

Article 420 du Code de procédure civile : « Le demandeur pourra assigner à son choix, devant le tribunal du domicile du fédendeur ; devant celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée ; devant celui dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué ».

effet, peut porter préjudice aux créanciers nationaux. L'étranger qui demande la mise en faillite d'une succursale située en France ne connait pas toujours parfaitement la situation et peut agir d'une manière inopportune. Il oblige ainsi les créanciers français à produire alors qu'il aurait peut-être été préférable de laisser l'entreprise opérer un redressement possible.

Il ne suffit pas, cependant, de reprocher à la jurisprudence française de manquer de rigueur. Il importe également de préciser à quel moment doit exister le chef de compétence qui permet à un tribunal français de prononcer la faillite.

### B. — A quel moment doit exister le chef de compétence invoqué ?

La solution n'est pas la même lorsque le débiteur a sur notre territoire un établissement secondaire et lorsqu'il y possède seulement des biens. Dans la première hypothèse, il suffit que la succursale ait existé au cours des opérations commerciales qui ont entraîné la faillite. En effet, comme le fait observer le Conseiller Fochier (1) dans son rapport qui précède un arrêt rendu par la juridiction suprême le 5 juillet 1897 il est aberrant d'exiger qu'elle existe encore à l'époque où la juridiction française est appelée à se prononcer. Généralement le commerçant étranger qui fait de mauvaises affaires dans un Etat quitte celui-ci très rapidement pour échapper à toute poursuite. Or, cette situation ne doit pas porter préjudice aux créanciers locaux. Dans la seconde hypothèse, par contre, l'étranger doit encore avoir des biens en France le jour où la demande est portée devant le tribunal compétent. L'un des buts de la faillite est de les répartir entre les créanciers. Il n'est donc plus nécessaire de la prononcer lorsqu'ils ont disparu. Toutefois, si le débiteur les a volontairement transportés sur un autre territoire afin de ne pas supporter les graves conséquences de la faillite, celle-ci doit être déclarée, et les juges français peuvent exiger le retour de ces biens frauduleusement retirés (2).

L'existence d'une succursale ou de biens sur notre territoire ne sont pas, cependant, les seuls chefs de compétence invoqués par nos tribunaux pour justifier leur intervention. Ils se montrent parfois encore plus libéraux et se fondent essentiellement sur les articles 14 et 15 du Code Civil pour s'arroger le droit de prononcer une faillite.

---

(1) Rapport du Conseiller Fochier, D., 1897.1.525 ; en ce sens également LEVANTAL, *op. cit.*, *Clunet*, 1937, p. 505.

(2) LEVANTAL, *op. cit.*, envisage ce cas, mais il ne se montre pas assez catégorique.

## § 2. — LES JURIDICTIONS FRANÇAISES SE RECONNAISSENT LE DROIT, EN VERTU DES ARTICLES 14 ET 15 DU CODE CIVIL (1), DE PRONONCER LA FAILLITE D'UN COMMERCANT ÉTRANGER A LA DEMANDE D'UN FRANÇAIS, OU D'UN DÉBITEUR FRANÇAIS A LA DEMANDE D'UN FRANCAIS OU D'UN ÉTRANGER (2).

Les auteurs et les magistrats ont invoqué deux sortes d'arguments pour justifier la compétence de nos tribunaux. Celle-ci, à leur avis, se déduit, d'une part, de l'interprétation des textes. Ainsi, l'article 437 du Code de commerce se prononce dans l'hypothèse où le débiteur possède un domicile en France et ne statue pas dans les autres cas (3). De même, « les expressions dont se sert l'article 14 du Code Civil pour définir le droit d'action qu'il confère au français contre son débiteur étranger, même non résidant en France, ont le sens le plus général et le plus étendu ; elles comprennent dans leur généralité le droit de citer et de traduire l'étranger devant les tribunaux français, non seulement aux fins d'obtenir reconnaissance de la dette et condamnation, mais encore aux fins d'assurer l'exécution de l'obligation par toutes les mesures qu'il appartient à la justice d'ordonner, notamment par une déclaration de faillite, si l'étranger est commerçant » (4). La Cour de Cassation rejetant un pourvoi formé contre un arrêt rendu par la Cour de Paris le 10 novembre 1960 (5) a également précisé le

---

(1) Article 14 : « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ».
Article 15 : « Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étrangers, même avec un étranger ».

(2) Paris, 17 juillet 1877, *Clunet*, 1878, p. 271 ; Aix, 3 avril 1884, *Clunet*, 1885, p. 81 ; Bordeaux, 25 mars 1885, *Clunet*, 1886, p. 710 ; Trib. com. Amiens, 8 mai 1888, *Clunet*, 1891, p. 917 ; Paris, 19 juin 1891, *Clunet*, 1891, p. 1198 ; Trib. com. Seine, 14 janvier 1914, *Rev. Dr. int. pr.*, 1914, p. 445 ; Trib. com. Seine, 14 novembre 1927, *Clunet*, 1928, p. 949 ; Paris, 29 avril 1931, *Rev. dr. int. pr.*, 1933, p. 498 ; Colmar-Metz, 10 mai 1932, *Clunet*, 1934, p. 98.

(3) Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11132.
Article 437 du Code de commerce : « Tout commerçant qui cesse ses paiements est tenu, dans le délai de quinze jours, d'en faire la déclaration au Greffe du Tribunal de Commerce, dans le ressort duquel se trouve son principal établissement commercial, en vue de l'ouverture d'une procédure de faillite ou de règlement judiciaire ».

(4) Paris, 17 juillet 1877, S., 1880.II.195 ; Despagnet et De Boeck, *Précis du droit international privé*, 5e éd., 1909, n° 424, p. 1196 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11132.

(5) Paris, 10 novembre 1960, *Clunet*, 1961, p. 426, note Ponsard, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 745 : « Considérant qu'aux termes de l'article 15 du Code Civil, un Français peut être traduit devant un tribunal de France pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ; qu'il s'ensuit que les créanciers étrangers ont qualité pour faire prononcer la faillite d'un débiteur français domicilié en France même si son principal établissement commercial se trouve situé hors de France ».

7 juin 1962 (1) « que les dispositions de l'article 15 du Code Civil ont, sous réserve des actions réelles immobilières et des actions en partage se référant à des immeubles situés à l'étranger, une portée générale ; qu'à bon droit, ayant constaté, par une appréciation des faits qui échappe au contrôle de la Cour de Cassation, que Chavanne, français, était domicilié à Paris, la Cour d'Appel a décidé que les juges consulaires de la Seine étaient compétents bien que son principal établissement commercial fut situé hors de France, pour statuer sur les demandes en déclaration de faillite dont le susnommé était l'objet ».

Cette possibilité pour nos juridictions de déclarer en faillite un commerçant qui n'a ni domicile, ni résidence, ni établissement secondaire en France, en se référant exclusivement aux articles 14 et 15 du Code Civil, répond, d'autre part, à des nécessités d'ordre pratique. Il faut protéger les créanciers nationaux contre la partialité des juges étrangers. Or, les articles 14 et 15 ne poursuivent-ils pas ce but en accordant aux ressortissants français un privilège de juridiction ? (2). L'attitude adoptée par la jurisprudence est également imputable, selon Travers, à la carence du législateur qui ne prévoit aucune mesure protectrice des intérêts nationaux lorsque le débiteur étranger qui possède seulement des biens en France ne fait plus face à ses paiements. S'il est impossible, dans cette hypothèse, de prononcer la faillite parce que le commerçant n'a aucune succursale sur notre territoire il est à craindre que des actions individuelles et désordonnées soient intentées par les créanciers et que l'actif soit dilapidé en frais de procédure (3).

Une partie de la doctrine n'a pas été, cependant, convaincue par ces arguments et elle a formulé plusieurs critiques. Certains auteurs font observer que les articles 14 et 15 ne peuvent pas être invoqués en matière de faillite puisque celle-ci est régie non pas par le Code Civil mais par le Code de commerce (4). Cette remarque n'a aucune valeur car de nombreuses dispositions du Code Civil sont d'ordre général. D'autres auteurs ont, par contre, critiqué la position adoptée par la jurisprudence en invoquant des raisons plus valables. Tout d'abord, à leur avis, Travers donne une interprétation erronée des intentions du législateur en laissant supposer qu'il s'est seulement

---

(1) Cass, civ., 7 juin 1962, *Gaz. Pal.*, 1962.II, p. 253. *Clunet*, 1963, p. 108, note Ponsard.

Le 12 juillet 1962, la Cour de Cassation, Chambre Civile, *Bull. Cass. Civ.*, 1962.II, n° 584, p. 423, *Clunet*, 1963, p. 1056, note B.G., *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 377, déclare à nouveau : « Vu les articles 438 du Code de commerce en vigueur lors des assignations en faillite, et 14 du Code civil ; Attendu que le Tribunal compétent pour prononcer la faillite d'une société commerciale est celui de son principal établissement ; que la société étrangère qui n'a pas d'établissement en France peut, à défaut de disposition contraire être assignée, hors le cas de fraude, devant tout tribunal français au choix du demandeur ; Attendu que, si des productions non contestées il apparaît que la société brésilienne avait constitué à Paris un organisme mandataire, il n'est pas établi, qu'au sens dudit article 438, cet organisme ait eu le caractère d'un établissement commercial ».

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1232 ; Despagnet et De Boeck, *op. cit.*, n° 424, p. 1196.

(3) Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11132, p. 132.

(4) Rolin, *Rev. dr. int. pr.*, 1904, p. 120.

prononcé, dans l'article 437 du Code de commerce, dans l'hypothèse où le débiteur a un domicile sur notre territoire. Celui-ci a voulu, au contraire, rattacher, d'une manière très explicite, la prononciation de la faillite au principal établissement. Il a été objecté également que le privilège de juridiction attaché à la seule qualité de français a un caractère trop exorbitant pour pouvoir être étendu à un ensemble de cas que le législateur n'a probablement pas envisagés. Or l'ouverture d'une faillite appartient à cette catégorie d'actions qui est soustraite à l'application des articles 14 et 15. En premier lieu, ces articles qui instituent un for juridictionnel fondé sur la nationalité ne peuvent être invoqués que dans l'hypothèse où la juridiction compétente a été choisie en fonction des intérêts d'une personne. Or, en matière de faillite, le législateur ne s'est pas soucié de cette question. Il ne s'est pas attaché à ces considérations de personnes. Il a déterminé le tribunal compétent en tenant essentiellement compte de la nature du litige (1). En second lieu, le créancier national qui utilise la procédure collective de la faillite renonce tacitement au bénéfice de l'article 14 du Code civil (2). Il peut opter entre deux procédés : soit intenter, en invoquant l'article 14 une action individuelle contre son débiteur étranger pour l'obliger à exécuter ses engagements ; soit demander sa mise en faillite. Celle-ci ne pouvant être déclarée que par le tribunal du principal établissement le créancier français qui recourt à ce deuxième moyen d'action accepte donc, implicitement, de ne pas se prévaloir du privilège de juridiction que lui reconnaît le législateur français (3).

En troisième lieu, les textes des articles 14 et 15 ne visent que les voies d'action et la faillite est une voie d'exécution (4). En quatrième lieu, enfin, deux conventions internationales relatives à la faillite, le traité franco-suisse du 15 juin 1869 et le traité franco-belge du 8 juillet 1899 écartent, d'une manière très explicite, les articles 14 et 15 du Code Civil. La première attribue compétence au juge naturel du défendeur. La seconde se prononce en faveur du tribunal du lieu du domicile ou du siège social du commerçant (5).

Ces différentes objections formulées par une partie de la doctrine pour dénier tout recours aux articles 14 et 15 sont fondées, semble-t-il. Elles risquent, cependant, de n'avoir aucune portée et de ne provoquer aucun revirement jurisprudentiel parce qu'elles sont trop théoriques. Il ne faut pas oublier, en effet, que nos tribunaux ne se sont pas toujours employés à préconiser une solution qui puisse se justifier juridiquement. Très souvent, ils ont recherché essentiellement si l'ouverture d'une faillite locale présentait des avantages pour les créanciers na-

---

(1) VALERY, *Manuel de droit international privé*, n° 941, p. 1302.

(2) Sur la faculté de renoncer au bénéfice de l'article 14 du Code civil, cf. Cass. civ., 21 mai 1963, *Rev. crit. dr int. pr.*, 1964, p. 340, *Rev. trim. dr. com.*, 1964, p. 457, note Loussouarn.

(3) WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2e éd., t. VI, p. 252 ; GLASSON, « De la compétence des tribunaux français entre étrangers », *Clunet*, 1881, p. 126, note 3.

(4) VAREILLES-SOMMIÈRES, *Synthèse du droit international privé*, t. I, p. 268. n° 443.

(5) VALERY, *op. cit.*, n° 942, p. 1302.

tionaux. Aussi, il est préférable de démontrer que la déclaration en faillite, en vertu des articles 14 et 15, d'un commerçant qui n'a en France, ni domicile, ni résidence, ni établissement secondaire ne présente aucun intérêt d'ordre pratique. La faillite apparaît comme une liquidation de biens. Elle tend, avant tout, à distribuer, d'une façon équitable, entre les créanciers du commerçant ce qui reste de l'actif. Quelle est, dès lors, l'utilité d'une telle mesure lorsque le débiteur ne possède aucun avoir sur notre territoire, même si l'une des parties en cause fait valoir sa nationalité française ? (1). Certes, il est possible d'objecter que si le but principal de la faillite est de répartir les biens du commerçant failli, il n'en demeure pas moins que celle-ci poursuit également d'autres fins. D'une part, l'ouverture d'une faillite en France permet de frapper le débiteur de certaines incapacités. D'autre part, la déclaration en faillite d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée, sur la base des articles 14 et 15 du Code Civil, autorise le tribunal, en vertu de l'article 4 alinéa 5 de la loi du 16 novembre 1940 et de l'article 2 du décret du 9 août 1953 (2) à décider que les dettes sociales seront supportées, jusqu'à concurrence du montant qu'il déterminera, par le président ou les administrateurs dans le premier cas, par le gérant ou les associés dans le second.

Ces arguments ne sont pas, cependant , déterminants. En premier lieu, même si la faillite est prononcée par une juridiction étrangère, le débiteur peut être frappé de certaines incapacités en France si le jugement étranger est déclaré exécutoire sur notre territoire (3). On peut donc obtenir un résultat identique sans organiser une faillite locale. En second lieu, il n'est intéressant de mettre une partie des dettes sociales à la charge du président ou des administrateurs d'une société anonyme, du gérant ou des associés d'une société à responsabilité limitée, que dans la mesure où ceux-ci possèdent des biens sur notre territoire. Si cette condition est réalisée, cet effet annexe de la faillite ne permet pas de justifier, même sur le plan pratique, l'organisation d'une telle mesure. D'une part, ces avoirs risquent d'être dilapidés en grande partie en frais de procédure et les dividendes perçus par les créanciers seront minimes. D'autre part, le syndic va se heurter à des obstacles insurmontables. Comment peut-il déterminer la situation exacte du débiteur, dresser la liste des créanciers et l'état de ce qui leur est dû, rechercher une solution juste et satisfaisante en l'absence de tous documents comptables ? S'il rencontre déjà des difficultés similaires lorsque le commerçant possède un établissement secondaire sur notre territoire on peut se demander comment il accomplira un travail sérieux lorsque celui-ci fera défaut.

La jurisprudence française, d'ailleurs, a pris conscience de ces inconvénients et dans les espèces où elle a appliqué les articles 14 et 15 le choix de nos tribunaux se justifiait d'une autre manière. Le dé-

---

(1) NIBOYET, *Traité de droit international privé*, 1949, t. VI, n° 1637, p. 159 et 160, notes 1 et 2.

(2) Loi du 16 novembre 1940, D., 1940.IV.383 ; Décret du 9 août 1953, D., 1953.L.276.

(3) Voir article 3, alinéas 1 et 2, de la loi du 30 août 1947, D., 1947 L.344.

biteur avait un établissement secondaire ou un siège administratif sur notre territoire (1), il y possédait des avoirs (2) ou il y avait conclu certains marchés (3). Le recours aux articles 14 et 15 apparaît donc comme un fondement parmi d'autres, de la compétence judiciaire de nos juridictions. Il n'existe pas, par contre, de décisions où les juges saisis ont tenu essentiellement compte de la nationalité française de l'une des parties en cause. Les circonstances qui ont conduit la chambre civile de la Cour de Cassation à reconnaître, dans son arrêt du 7 juin 1962 (4), le droit à la juridiction française de statuer, en vertu de l'article 15 du Code Civil sur les demandes en déclaration de faillite d'un débiteur dont le principal établissement était situé à l'étranger, sont particulièrement significatives. D'une part le tribunal du principal établissement s'était déclaré incompétent. D'autre part, le débiteur français, était domicilié à Paris. Selon M. Ponsard, cette dernière constatation faite par la juridiction suprême avait pour but de justifier la compétence des juges consulaires de la Seine. Ne faut-il pas y voir, plutôt, un souci de la Cour de Cassation de trouver un autre fondement, en dehors de la nationalité du débiteur, à la compétence des juridictions françaises. Il faut noter, en effet, que la jurisprudence décide habituellement, dans des matières étrangères à la faillite, que l'article 15 soumet les français à la juridiction française sans exiger qu'ils soient domiciliés en France (5).

Aux termes de cette étude de la solution préconisée par la jurisprudence française, il apparaît donc que dans toutes les hypothèses la faillite est régie par la *lex fori*. Le domaine d'application de celle-ci n'est pas, cependant, le même lorsque la faillite est universelle ou territoriale. Il importe, dès lors, de le préciser.

---

(1) Bordeaux, 25 mars 1885, *Clunet*, 1886, p. 710 ; Paris, 23 novembre 1895, *Clunet*, 1896, p. 610 ; Trib. com. Seine, 14 janvier 1914, *Clunet*, 1916, p. 1292.

(2) Colmar-Metz, 10 mai 1932, *Clunet*, 1934, p. 98 ; Aix, 3 avril 1884, *Clunet*, 1885, p. 81.

(3) Trib. com., Amiens, 8 mai 1888. *Clunet*, 1891, p. 917 ; Paris, 19 juin 1891, *Clunet*, 1891, p. 1198.

(4) Cass. civ., 7 juin 1962, *Clunet*, 1963, p. 108, note Ponsard.

(5) Bourges, 19 janvier 1899, D.P., 1902.2.57 ; Paris. 17 juin 1948, D., 1948, p. 443.

# DEUXIÈME PARTIE

# DOMAINE DE LA LOI DE LA FAILLITE DANS L'ESPACE ET DANS LE TEMPS

Le système hybride consacré par la jurisprudence française influe sur le domaine d'application de la loi de la faillite.

Dans l'espace, d'une part, les effets de la *lex fori* sont plus ou moins étendus selon que la faillite est universelle ou territoriale. Dans le premier cas, elle a une portée extraterritoriale. Dans le second, elle ne s'applique qu'aux biens du débiteur situés en France.

Il ne faut pas en déduire, cependant, que seule la *lex fori* est compétente dans toutes les hypothèses. Des conflits sont susceptibles d'apparaître. Les lois ou conflits ne sont pas les mêmes suivant que le système de l'unité ou de la pluralité est appliqué. Un conflit va naître en premier lieu entre la *lex fori* et la loi du domicile ou du siège social du failli lorsque la faillite est locale. Le tribunal saisi se réfère à sa propre loi qui peut différer sur certains points de la loi du principal établissement. Cette dernière admet par exemple la déclaration en faillite du non commerçant, alors que la *lex fori* déclare que seul le commerçant peut être atteint par cette mesure.

Des divergences opposent parfois, en second lieu, la *lex rei sitae* et la loi de la faillite lorsque celle-ci est susceptible de s'appliquer à tous les biens du débiteur en cas d'universalité. La première dispose, par exemple, que seuls ceux appartenant au failli à l'époque où la faillite est prononcée sont frappés de dessaisissement alors que la deuxième précise que celui-ci porte non seulement sur les biens présents du débiteur mais atteint également ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite.

Il importe d'opter, enfin, en troisième lieu, entre la *lex fori* et la loi qui régit le contrat passé par le failli que la faillite soit universelle ou territoriale. Ainsi l'une peut estimer que certains actes accomplis par le débiteur, durant la période suspecte, sont inopposables à la masse alors que l'autre considère qu'ils sont valables.

Il ne suffit pas, cependant, de délimiter avec précision le domaine d'application dans l'espace de la *lex fori*. Il faut, d'autre part, le préciser dans le temps. Lorsque la faillite est universelle la loi qui la régit va-t-elle produire des effets à l'étranger, avant que le jugement déclaratif

ne soit exécutoire ? Le syndic étranger a-t-il, par exemple, la possibilité de faire certains actes en France avant toute décision d'exequatur ?

Il convient donc d'envisager ces problèmes aux différents stades de la procédure de faillite, c'est-à-dire en ce qui concerne les conditions d'ouverture de la faillite (chap. I), la déclaration et l'organisation de la faillite (chap. II), la masse des créanciers (chap. III), les effets de la faillite à l'égard des personnes qui entendent se placer en dehors de la masse (chap. IV), les effets de la faillite à l'égard du débiteur (chap. V), les solutions de la procédure (chap. VI).

# CHAPITRE I

# CONDITIONS D'OUVERTURE DE LA FAILLITE

Deux conditions doivent être réunies, aux termes de l'article 437 du Code de Commerce français, pour qu'une personne physique ou morale puisse être déclarée en faillite. Elle doit être commerçante et avoir cessé ses paiements (1). Mais, le tribunal n'a pas toujours le choix. Il est parfois obligé de prononcer le règlement judiciaire.

Ces deux conditions sont parfois difficiles à établir en droit interne. La difficulté est encore plus grande lorsque la personne susceptible d'être déclarée en faillite est étrangère. En France, la faillite civile est interdite, mais il n'en est pas de même dans tous les Etats. Dès lors, il va y avoir un conflit entre la loi de la faillite d'une part, et la loi du domicile ou du siège social de la personne physique ou morale étrangère d'autre part.

De plus, sur notre territoire, la déclaration de faillite est subordonnée à la cessation des paiements. Certaines dispositions législatives étrangères, exigent, au contraire, l'insolvabilité. De ce fait, le conflit de lois est encore inévitable. Enfin de nombreux pays prévoient des moyens de prévenir la faillite. Mais ces mesures préventives sont très variées. Il est donc important de préciser le domaine d'application de ces mesures préventives et de déterminer si elles peuvent avoir une certaine portée extraterritoriale.

## Section I. — Le débiteur doit être commerçant

En droit français, la faillite et le règlement judiciaire sont des institutions applicables aux seuls commerçants, individus ou sociétés (2). Le

(1) Escarra, *Cours de Droit Commercial*, 1952, p. 1044 ; Ripert, Durand et Roblot, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, 4e éd., 1960, nos 2532 et s., p. 263 ; Julliot de la Morandière, Rodière et Houin, *Droit commercial et droit fiscal des affaires*, Précis Dalloz, t. II, 1959, p. 208 ; Brulliard et Laroche, *Précis de droit commercial*, 4e éd., 1960, p. 326 et s.

(1) Sur la qualité de commerçant : Cass. com., 6 février 1962, *Gaz. Pal.*, 1962.I.393, et sur renvoi, Agen, 30 avril 1963, *J.C.P.*, 1963.II.13239 ; Trib. gr. inst. Bressuire, 22 janvier 1964, *Gaz. Pal.*, 4-7 avril 1964 ; Paris, 13 février 1964, *Rev. trim. dr. com.*, 1964, p. 387.

décret de 1955 a maintenu cette règle traditionnelle en France. Un problème se présente lorsqu'il s'agit de déterminer la loi compétente pour énoncer les conditions d'ouverture de la faillite de personnes physiques ou morales étrangères. En cette matière, la *lex fori* doit avoir un rôle souverain et, de ce fait, la loi française seule est habilitée à préciser ces conditions.

Cependant l'application de la *lex fori* en ce domaine produit des conséquences curieuses. Certains non commerçants ou certaines sociétés qui auraient pu être déclarés en faillite dans leur pays d'origine ne pourront pas l'être en France. Au contraire, leur faillite pourra être prononcée en France en application de la *lex fori* dans des hypothèses dans lesquelles ils ne pourraient pas l'être dans leur pays. Enfin, il sera possible d'appliquer cette mesure à des commerçants décédés ou retirés contrairement aux dispositions de leurs propres législations.

## § 1. — IMPOSSIBILITÉ DE PRONONCER EN FRANCE LA FAILLITE DE DÉBITEURS ÉTRANGERS ALORS QUE LA LOI DU SIÈGE SOCIAL OU DU DOMICILE L'ADMET : CONFLIT ENTRE LA LOI DU SIÈGE SOCIAL OU DU DOMICILE ET LA « *LEX FORI* ».

Trois problèmes se posent. En premier lieu la faillite est susceptible d'être déclarée en France. En second lieu cette mesure est prononcée dans un pays ne la réservant pas aux seuls commerçants. Il importe de déterminer si cette faillite doit produire des effets dans les pays qui ne l'admettent pas. En troisième lieu, enfin, la divergence ne porte plus sur le principe même de l'admission de la faillite civile, mais sur la qualification civile ou commerciale du débiteur étranger.

### A. — La faillite est susceptible d'être déclarée en France

Dans de nombreux états seul le commerçant peut être déclaré en faillite. Il faut ranger dans ce groupe presque tous ceux dont les législations, en cette matière, se sont inspirées du Code de Commerce français. Cependant, plusieurs pays prévoient également la faillite des non commerçants (1).

La compétence de la *lex fori* est indiscutable. La jurisprudence française considère la prohibition de la faillite civile comme un principe d'ordre public. De ce fait, les sociétés civiles et les non commerçants appartenant au second groupe ne pourront jamais être déclarés en faillite en France.

*A priori* cette solution très rigoureuse se justifie. Tout le système de la faillite a été conçu pour des commerçants. D'une part il serait nécessaire, à chaque stade du développement de la procédure, de

(1) L'Allemagne, l'Angleterre depuis 1861, l'Autriche, l'Australie, le Canada, Costa-Rica, le Danemark, l'Ecosse, l'Espagne, les Etats-Unis, la Hollande, la Norvège, la Suède ont admis et organisé la faillite des non commerçants comme des commerçants.

s'interroger sur la manière de la transposer aux non commerçants. D'autre part les problèmes posés par la faillite de commerçants sont parfois différents et leur complexité est plus grande.

Cependant, l'admission du système de la déconfiture présente de sérieux inconvénients car certains créanciers sont favorisés par rapport à d'autres. Or cette injustice ne se présente pas dans les pays qui admettent la faillite civile (1). Une solution intermédiaire séduisante a été proposée par certains auteurs. Il importe de protéger au maximum les créanciers nationaux. Ce but peut être atteint en opérant un choix judicieux entre les deux lois en présence : la *lex fori* et la loi régissant le statut juridique du débiteur failli. Lorsque cette dernière consacrerait la faillite civile celle-ci serait admise en France. Ainsi, selon les espèces, il suffirait d'appliquer celle des deux lois qui admet le plus largement la faillite.

Si le droit français n'admet pas la faillite civile, peut-elle du moins étendre ses effets sur notre territoire lorsqu'elle a été déclarée à l'étranger ?

### B. — Effets en France d'une faillite civile déclarée à l'étranger

Sur ce point, la doctrine est divisée. Les adversaires de cette solution émettent deux objections pour la repousser. La loi française ne connaît pas la faillite du non commerçant. Cette extension serait une atteinte grave à l'ordre public du pays où cette mesure devrait produire ses effets (2). De plus, pour le débiteur, la faillite comporte un aspect répressif. Il peut être déclaré en banqueroute simple ou frauduleuse. Ainsi, en France, cette sanction pourrait lui être appliquée en vertu d'une disposition étrangère qui lui imprimerait la qualité de commerçant. La loi française ne le considère pas comme un délinquant, mais il le serait dans la mesure où la loi étrangère serait compétente. Cette dernière pourrait créer un délit que la loi française ne connaît pas. Or cette question se rapproche du droit pénal qui est essentiellement d'ordre public (3).

Cependant, plusieurs auteurs estiment que la faillite civile, prononcée à l'étranger, doit produire certains effets en France. La faillite n'est qu'un mode de liquidation de l'actif d'un débiteur insolvable. Pourquoi, de ce fait, l'exclure en France quand elle a été organisée par un jugement étranger ? De plus, ce serait une application de la théorie de l'universalité de la faillite (4). Enfin, il ne faut pas oublier que la notion d'ordre public présente un caractère essentiellement hétérogène. Elle n'a pas la même extension suivant qu'il s'agit de l'acquisition de droits en

---

(1) Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 365.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 5e éd., t. VIII, n° 1273 ; Diena, *Trattato di deritto commerciale*, t. III, p. 503.

(3) Rolin, « Conflits de lois en matière de faillite », *Rec. des Cours, Académie de droit international*, 1926, t. IV, p. 46.

(4) Roguin, *Conflits des lois suisses*, n° 611, p. 734.

France ou de l'effet en France de droits acquis à l'étranger (1). L'ordre public peut s'opposer à la faillite civile déclarée dn France. Les créanciers d'un non commerçant ou d'une société civile n'ont pas la possibilité de demander la mise en œuvre de cette mesure en France. Ils ne peuvent pas acquérir ce droit en France. Lorsque la faillite a été, par contre, organisée par un jugement étranger en produisant à cette dernière les créanciers ont acquis des droits à l'étranger et l'ordre public ne peut pas s'opposer à leur effet en France. Ce serait ainsi une façon indirecte de pallier, dans une certaine mesure, les inconvénients présentés par la déconfiture et d'assurer une plus grande égalité entre les créanciers.

Cette question a d'ailleurs été envisagée lorsqu'il s'est agi de déterminer les personnes qui pouvaient être déclarées en faillite en vertu du traité franco-suisse de 1869 (15 juin). En Suisse, en effet, la loi du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite reconnaît la faillite civile. La plupart des auteurs (2) estiment, cependant, que la Convention de 1869 ne vise que les commerçants même pour la Suisse. Ils se réfèrent aux termes de l'article 6, alinéa 1er, de ce traité qui ne s'occupe que des Suisses ou des Français ayant dans l'autre pays « un établissement de commerce ». En conséquence, les effets internationaux de la faillite ne sont admis que lorsqu'elle concerne un débiteur susceptible en Suisse et en France d'être déclaré en faillite, c'est-à-dire un commerçant.

La Cour de Chambéry (3) a rejeté, à juste titre, cette solution le 25 mai 1936. Elle précise tout d'abord que les dispositions de l'article 6 « se réfèrent à une seule question de compétence et non d'exécution... et que la solution de cette difficulté ne peut être trouvée que dans les règles du traité relatives à l'exécution des jugements suisses en France et prévus aux articles 15 et suivants ». Puis, elle se prononce ensuite

---

(1) La doctrine a souvent préconisé cette solution et la jurisprudence l'a adoptée dans des domaines étrangers à la faillite. Ainsi la Cour de Cassation, Chambre civile, 1re section civile, a déclaré dans l'*arrêt Rivière* le 17 avril 1953, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1953, p. 412, note Batiffol, *J.C.P.*, 1953.II.7863, note Buchet « que l'objection soulevée par le pouvoir d'atteinte à l'ordre public français, doit être appréciée de façon différente suivant que le divorce litigieux a été ou non acquis à l'étranger par application de la loi compétente en vertu du règlement français des conflits ; qu'en effet, la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français ». La Cour de Cassation, Chambre civile, 1e section civile, a repris cet argument le 7 janvier 1964, *J.C.P.*, 1964.II.13590, note Ancel : « Attendu que l'arrêt attaqué rappelle avec raison qu'en l'espèce il s'agissait seulement de « donner effet en France à des droits régulièrement acquis à l'étranger » et qu'ainsi l'ordre public, qui n'intervenait que par son effet atténué, se trouvait moins exigeant que s'il se fût agi de l'acquisition des mêmes droits en France ».

Cf également note Batiffol sous ce même arrêt in *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1964, p. 344.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1322 ; Pillet, *Les conventions relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, p. 193.

(3) Chambéry, 25 mai 1936, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1937, p. 193.

sur la violation éventuelle de l'ordre public : « Attendu, déclare cet arrêt, qu'on ne saurait admettre *a priori* qu'un jugement suisse ordonnant la faillite d'un non commerçant est contraire aux règles du droit public ou aux intérêts de l'ordre public français, au prétexte que le droit français n'admet pas la faillite d'un non commerçant ; qu'il n'en serait ainsi que si l'exécution d'un pareil jugement en France devait comporter l'application d'actes interdits par la loi française » (1).

Cependant, en l'état actuel de la législation et de la jurisprudence française, seuls les commerçants peuvent être déclarés en faillite en France. Dès lors, une question se pose : Quelle est la loi compétente pour déterminer la qualification civile ou commerciale de la personne physique ou morale étrangère ?

### C. — Loi compétente pour déterminer la qualité de commerçant

La détermination de la loi apte à fixer les conditions de la faillite donne naissance à deux conflits différents : un conflit de lois et un conflit de qualifications. Les critères de la notion de commerçant ne sont pas les mêmes dans les différentes législations. Un même débiteur peut ne pas être un commerçant selon la loi française et être un commerçant selon la loi qui régit son statut juridique. Pour résoudre ce conflit de qualifications il importe de choisir entre la *lex fori* et la loi du siège social ou du domicile de l'entreprise étrangère.

Une question préliminaire toutefois se pose immédiatement. Est-ce un véritable conflit de qualifications ? La loi applicable est-elle différente selon le choix pratiqué ? Il ne semble pas (2). Si la société étrangère est une société commerciale, la faillite est déclarée selon la loi du juge saisi, c'est-à-dire la loi française. Si le débiteur est une société civile la faillite est remplacée par la déconfiture et la règle de conflit se prononce en faveur de la *lex rei sitae*, c'est-à-dire encore la loi française pour les biens situés en France.

Il faut néanmoins déterminer la loi applicable. Il paraît normal, *a priori*, de traiter une personne physique ou morale étrangère conformément à la qualité que la loi de sa constitution lui a donnée. La qualité du débiteur doit être appréciée en se référant à ses dispositions (3). Ce système présente cependant des inconvénients. La loi étrangère peut estimer que la personne qui a fait des actes de commerce en France n'est pas un commerçant. La faillite ne peut pas être prononcée sur notre territoire, nonobstant les dispositions contraires de la loi française, et les créanciers nationaux se trouvent lésés.

Il ne faut pas oublier également que cette notion de commerçant n'existe pas ou a été supprimée dans certaines législations, et, en

---

(1) Voir enfin Aix-en-Provence, 29 juin 1964, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1965, p. 138, note Gavalda, *Clunet*, 1965, p. 407, note Sialelli.

(2) Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 365.

(3) Pillet, *Des personnes morales en droit international privé*, n° 182 ; Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. VI, 2e éd., p. 240.

particulier, dans la législation néerlandaise (1). De ce fait, les nombreuses sociétés hollandaises qui exercent une activité en dehors de leur pays pourraient éviter cette mesure puisqu'il serait impossible d'apprécier leur qualité de commerçant en se référant à la loi qui régit leur statut juridique. Pour éviter cette solution paradoxale et injuste la *lex fori* doit s'appliquer. Enfin, les lois qui régissent la faillite sont des mesures de police commerciale et elles comportent un aspect répressif. Seule la loi du juge saisi peut apprécier si le débiteur est un commerçant, si les conditions pour qu'il puisse être déclaré en faillite sont réunies. Comme le soulignent MM. Lyon-Caen et Renault « un tribunal français ne peut appliquer notre loi pénale qu'à celui qui a commis un crime ou un délit d'après la loi française ; le délit de banqueroute simple ou le crime de banqueroute frauduleuse ne peut être commis que par un commerçant ; et, par cette expression, la loi française entend naturellement celui qui est commerçant, d'après ses dispositions » (2).

Mais la demande d'exequatur d'un jugement déclaratif de faillite émanant du tribunal étranger du siège social ou du domicile du débiteur failli fait apparaître un véritable conflit de qualifications. La qualification révèle, par exemple, qu'un non commerçant a été déclaré en faillite. L'exequatur peut éventuellement être refusé. Les biens du débiteur situés en France ne font l'objet que d'une mesure de déconfiture. Celle-ci est organisée conformément à la loi française, *lex rei sitae*. Ainsi, selon la qualification donnée, la loi applicable n'est pas la même. D'après quelle loi faut-il apprécier si la personne déclarée en faillite dans un pays étranger est commerçante ou ne l'est pas ? Certains auteurs estiment que seule la loi française, loi du pays où l'exécution du jugement est demandée est compétente. La question touche à l'ordre public (3).

Avant de se prononcer il importe de faire une distinction entre deux situations qui peuvent prêter à confusion et qui, en fait, sont très différentes. Si le débiteur étranger exerce une activité en France et si la faillite est déclarée en France, la compétence essentielle de la *lex fori* est justifiée. Il n'en est pas de même lorsque la faillite a été prononcée à l'étranger. Dans le premier cas, la personne physique ou morale étrangère a fait de nombreux actes de commerce en France. Dans le second cas, son activité sur notre territoire a été épisodique et parfois elle y possède simplement des biens. L'application de la loi française est alors plus discutable. La loi la plus compétente pour apprécier la qualité de commerçant d'un individu semble être celle du pays où ce dernier exerce son activité, sa profession. De plus, y a-t-il vraiment violation de l'ordre public ? Comme nous l'avons déjà signalé, il n'y a pas acquisition de droits en France, mais effet en France de droits acquis à l'étranger. Et cette solution présente de grands avantages pour les créanciers nationaux car la répartition des dividendes provenant de la vente des biens du débiteur se fera d'une façon équitable.

Si la compétence de la loi française doit être rejetée lorsqu'il s'agit

---

(1) *Clunet*, 1961.II, p. 904, Tribunal d'Amsterdam, 15 février 1957.
(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1274 ; Loussouarn, *op. cit.*, p. 366
(3) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1274 ; Rolin, *op. cit.*, p. 46.

de déterminer si un débiteur déclaré en faillite à l'étranger est ou n'est pas commerçant, on peut également se demander si les tribunaux français ont le droit de prononcer la faillite de personnes morales ou physiques étrangères dans des hypothèses où la loi du siège social ou du domicile ne le permet pas.

## § 2. — POSSIBILITÉ DE PRONONCER EN FRANCE LA FAILLITE D'UN COMMERÇANT, ALORS QUE SON STATUT JURIDIQUE EST RÉGI PAR UNE LOI NE L'ADMETTANT PAS : CONFLIT ENTRE LA LOI DU SIÈGE SOCIAL OU DU DOMICILE ET LA « *LEX FORI* ».

Dans plusieurs pays la mise en faillite de certaines personnes est simplement interdite pour des raisons d'ordre économique, ou de politique sociale qui ne sont pas prises en considération dans d'autres Etats. Ainsi, aux Etats-Unis, la faillite d'une banque nationale ou d'une autre banque ayant des droits de corporation, c'est-à-dire constituant des personnes morales, n'est pas admise (1).

La loi anglaise également ne permet pas la déclaration en faillite des corporations, partnerships et associations ou compagnies enregistrées conformément à la loi de 1908. Cette mesure est remplacée par la mise en liquidation par ordre de la Cour, winding up by court (2).

Enfin, la législation suisse comporte elle aussi des restrictions très précises en ce qui concerne les sociétés d'assurances. Le tribunal fédéral dans une décision du 10 octobre 1922 a appliqué ces dispositions (3). Le sujet suisse, assuré en Suisse à une société d'assurances étrangère, ne peut poursuivre sa créance par la voie ordinaire de la saisie ou de la mise en faillite. Cette réglementation tend surtout à protéger les créanciers nationaux, les créanciers suisses. Leurs créances sont payées par la réalisation du gage sur le produit du cautionnement.

La loi qui régit le statut juridique de ces différentes sociétés étrangères ne permet pas qu'elles soient déclarées en faillite aux Etats-Unis, en Angleterre ou en Suisse. Est-il possible de prononcer cette mesure en France ? Il importe d'examiner les conséquences éventuelles avant de se prononcer, ainsi que le souligne M. Loussouarn (4). Le débiteur failli étranger qui serait resté à la tête de son patrimoine, dans son propre pays, se trouve dessaisi en France. Et certaines législations, devant la gravité de la situation, préfèrent exiger la dissolution de la société. De ce fait, ne faut-il pas tenir compte de la loi du siège social ? Elle permettrait d'atténuer certains effets de la faillite et, dans certaines hypothèses, celle-ci ne pourrait pas être prononcée. Cette solution n'a

(1) Rolin, « Des conflits de lois en matière de faillite », *Académie de droit international, recueil des cours*, 1926.IV, p. 62.

(2) Loi sur la faillite anglaise du 10 août 1914.

(3) Tribunal fédéral suisse, 10 octobre 1922, *Bulletin de l'Institut intermédiaire international*, t. IX, 1923, p. 108, n° 2547 : cf. Travers, *Le droit commercial international*, t. VII, fasc. I, n° 11259.

(4) Loussouarn, *op. cit.*, p. 367.

pas été retenue, cependant, par la doctrine et la jurisprudence françaises (1).

Les lois régissant la faillite sont des lois de police commerciale. La *lex fori* doit donc s'appliquer souverainement. Les arguments proposés pour justifier l'application de la loi du siège social ne sont pas, d'ailleurs, à l'abri de toute critique. D'une part le commerce repose essentiellement sur le crédit. Celui-ci exige qu'en cas de défaillance d'un commerçant les intérêts de ses créanciers soient protégés très étroitement. Tous doivent être traités équitablement. Or l'application de la loi qui régit le statut juridique du débiteur failli produit l'effet contraire. Le commerçant étranger peut faire valoir qu'il n'y a aucune réglementation correspondante dans sa propre législation pour y échapper. D'autre part le dessaisissement est limité aux biens du débiteur situés en France. Ses effets se trouvent ainsi très réduits.

La loi du juge saisi est donc seule compétente, lorsque la faillite est prononcée en France, s'il règne un désaccord entre celle-ci et la loi du siège social. L'hypothèse contraire peut également se présenter. Une société commerciale française a été déclarée en faillite en France, par exemple. La loi du siège social et la loi du tribunal saisi admettent toutes les deux cette mesure. Le jugement peut-il produire, en Angleterre, certains effets limités aux meubles puisque la faillite étrangère ne peut porter atteinte aux biens immeubles situés dans ce pays ? La législation anglaise ne prévoit pas, en effet, la mise en faillite des sociétés commerciales. Elle remplace cette mesure par une liquidation devant la Cour, winding up by court. Ici, toutefois, l'application de la loi du pays où la faillite a été déclarée par un tribunal compétent au point de vue international s'impose. Il ne peut y avoir violation de l'ordre public. La situation est analogue lorsqu'une faillite civile organisée à l'étranger veut produire certains effets en France. Dans les deux cas, il faut se référer principalement à la loi qui a prononcé cette mesure.

Il existe donc une dualité de compétence législative dans les deux hypothèses envisagées. En est-il de même lorsqu'il y a des divergences entre la loi du juge saisi et la loi qui régit le statut juridique de commerçants retirés ou décédés ?

## § 3. — FAILLITE DE COMMERÇANTS RETIRÉS OU DÉCÉDÉS

La prononciation d'une faillite est possible après le décès d'une personne. Et dans les pays qui ne reconnaissent pas la faillite civile, cette mesure peut être organisée après la cessation du commerce. Ces dispositions sont admises dans de nombreux Etats mais les délais exigés par les différentes législations ne sont pas les mêmes. Lorsque le débiteur est décédé, ils sont de deux ans en Allemagne, un an en droit français (art. 441 C. com.), italien, brésilien, six mois en droit belge (2), argentin, péruvien. La loi anglaise par contre, ne prévoit aucun délai.

---

(1) Cass. Req., 29 avril 1885, *Clunet*, 1885, p. 292, rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'Aix du 3 avril 1884, *Clunet*, 1885, p. 81.

(2) Cf. Frederico, *Traité de droit commercial belge*, 1949, t. VII, n° 18, p. 78.

Ces délais sont sensiblement les mêmes lorsque le débiteur est retiré des affaires : deux ans au Brésil, un an en Italie (art. 10 du R. D., 16 mars 1942), en Argentine au Chili, en France (art. 442 C. com.) (2), six mois en Belgique (1).

Il existe donc des divergences entre les deux lois susceptibles d'être appliquées et il importe de déterminer celle qui est compétente. Il ne faut peut-être par rechercher une solution unique. Deux hypothèses peuvent se présenter. D'une part un débiteur étranger a été déclaré en faillite sur notre territoire. D'autre part le syndic d'une faillite étrangère veut faire produire certains effets en France au jugement déclaratif rendu par une juridiction étrangère.

Dans le premier cas, seule la *lex fori* est applicable. Certes, cette solution peut entraîner des conséquences curieuses : un Belge, par exemple, retiré des affaires, en France est exposé à cette procédure durant un an alors que dans son propre pays ce délai est limité à six mois. Un intérêt supérieur doit cependant jouer un rôle prépondérant. Les créanciers nationaux qui ont contracté avec ce débiteur étranger en se référant essentiellement aux dispositions de la loi française doivent être protégés.

Dans le second cas, la compétence de la loi française est plus discutable. C'est la loi du pays où la faillite a été régulièrement ouverte qui doit s'appliquer. Comme nous l'avons déjà précisé (3) seule cette dernière doit déterminer à qui appartient la qualité de commerçant et fixer le temps pendant lequel cette qualité se conserve pour justifier la déclaration de faillite (4).

Le rayonnement de la loi française n'est donc pas aussi vaste qu'il le semble, *a priori*, lorsqu'il s'agit de préciser les personnes qui peuvent être déclarées en faillite et les délais durant lesquels la procédure peut être organisée. Mais cette condition n'est pas suffisante. Le débiteur doit avoir également cessé ses paiements. La vérification de l'existence de cette deuxième condition doit-elle se faire par référence essentiellement à la législation française ?

---

(1) Cf. Frederico, *op. cit.*, t. VII, n° 17, p. 75.
(2) Cf. *Rev. trim. dr. com.*, 1964, p. 389, n° 5.
(3) Cf. § 1, C, p. 50.
(4) En ce sens : Diena, *op. cit.*, t. III, p. 507 ; Rolin, *op. cit.*, p. 66.

## Section II. — Le débiteur doit avoir cessé ses paiements (1)

En Europe, la déclaration de faillite est subordonnée à la cessation des paiements (2). Aux Etats-Unis, en Norvège et au Danemark par contre, le débiteur doit être insolvable (3). Ces deux notions n'ont pas le même sens. La cessation des paiements n'est pas l'insolvabilité. Celle-ci prévoit que l'actif du débiteur est inférieur à son passif. Elle suppose donc une liquidation préalable des biens du débiteur. Par contre, le commerçant qui a cessé ses paiements ne paie pas simplement à l'échéance ce qu'il doit. Il peut être solvable mais il n'acquitte pas ses dettes (4).

Cette seconde condition exigée pour que la faillite puisse être déclarée n'est donc pas exactement la même dans les différentes législations Les divergences ne portent cependant pas sur l'esprit même de cette exigence mais sur l'importance des dettes du commerçant.

Si un commerçant norvégien, par exemple, est déclaré en faillite en France, la *lex fori* doit encore s'appliquer. La solution contraire porte préjudice aux créanciers nationaux. Le commerçant qui, même en réalité solvable, ne peut faire face à ses échéances, doit recourir à des procédés qui le ruineront entièrement à plus ou moins long terme. Il contracte des emprunts désastreux. Il procède à des tirages de complaisance. Le dividende perçu par ses créanciers est insignifiant (5). Le système préconisé par le législateur français ne supprime peut-être pas entièrement ce danger, mais le limite. Ce principe a, d'ailleurs, été consacré dans un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 15 janvier 1895, confirmé par un arrêt de la Cour de Paris du 23 novembre 1895 (6).

---

(1) Sur la notion de cessation des paiements en droit français cf. : Cass. com., 15 octobre 1962, *Bull. Cass. civ.*, III, n° 402, p. 329, *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 370, observ. Houin ; Cass, com., 8 janvier 1963, *Gaz. Pal.*, 1963, 19-21 juin, *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 633 ; Cass. com., 21 mai 1963, *Bull. Cass. civ.*, III, n° 244, p. 201, *Rev. Trim. dr. com.*, 1963, p. 888, observ. Houin ; Cass. com., 21 mai 1963, *Bull. Cass. civ.*, III, n° 243, p. 200, *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 889, observ. Houin ; Cass. com., 4 janvier 1963, *Bull. Cass. civ.*, III, n° 13, p. 12, *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 890, observ. Houin.

(2) Code de commerce français, article 437 ; Loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 ; Ces dispositions se retrouvent également en droit espagnol, italien, allemand, hollandais ; l'article 1er de la loi hollandaise de 1896 nommée « Faillissementswet » déclare : « le débiteur qui se trouve dans la situation d'avoir cessé de payer, sera, à la demande, soit de lui-même soit d'un ou plusieurs de ses créanciers, déclaré par jugement en faillite ».

(3) Norvège, Loi du 6 juin 1863, article 3 ; Danemark, Loi sur la faillite du 25 mars 1872 article 40 et 43 ; Etats-Unis, Loi du 1er juillet 1898, article 3.

(4) Sur la différence entre la cessation des paiements et l'insolvabilité : Cass. com., 3 janvier 1963, *Bull. Cass. civ.*, III, n° 7, p. 6.

(5) Loussouarn, *op. cit.*, p. 368 ; Ponsard, *Jur. Class. dr. int. pr.* 5e vol., fasc. 568, n° 24.

(6) Trib. com., Seine, 15 janvier 1895. D., 1897.II.497 : « en disposant que tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite, l'article 437 du Code de

Lorsque ces deux conditions de fond, qualité de commerçant et cessation des paiements existent, la faillite peut être déclarée sur notre territoire. Le débiteur français peut, toutefois, dans certains cas demander sa mise en règlement judiciaire. Les personnes physiques ou morales étrangères peuvent-elles également jouir de ce privilège ?

## Section III. — Faillite ou mesures préventives

Les conséquences de la faillite sont toujours très graves pour le débiteur. D'une part il est dessaisi de ses biens et il fait l'objet de déchéances civiques et professionnelles. Il se trouve ainsi humilié alors qu'il est parfois la victime d'un fâcheux concours de circonstances économique ou sociales. D'autre part la procédure de faillite est longue et onéreuse, et le commerçant se trouve le plus souvent ruiné même lorsque les organisateurs se sont montrés particulièrement diligents.

De nombreuses législations se sont ingéniées, en conséquence, à imaginer des moyens de prévenir la faillite. Ces mesures préventives sont très variées. Certaines sont des mesures préventives proprement dites, d'autres des faillites atténuées. Toutes, cependant, poursuivent le même but. Elles veulent, sans porter préjudice aux créanciers, secourir le débiteur qui ne peut faire face à ses obligations.

En Belgique, la loi du 18 avril 1851 a organisé le sursis de paiement (art. 593 à 614) (1). Il n'est accordé selon l'article 593 «qu'au commerçant qui, par suite d'évènements extraordinaires et imprévus, est contraint de cesser temporairement ses paiements, mais qui, d'après son bilan dûment vérifié, a des biens ou moyens suffisants pour satisfaire tous ses créanciers en principal et intérêts ». Le débiteur adresse sa requête simultanément au tribunal de commerce dans l'arrondissement duquel il est domicilié et à la Cour d'Appel du ressort. Cette mesure de faveur ne peut toutefois être accordée que si la majorité des créanciers représentant par leurs créances les trois quarts de toutes les sommes dues a adhéré à la demande et cela même si l'actif suffit pour couvrir le passif. Enfin, la durée de ce sursis ne peut excéder douze mois (2).

En Allemagne et en Autriche le législateur a prévu le concordat préventif (3). Cette mesure est plus intéressante pour le débiteur que le sursis de paiement, car l'actif ne doit pas nécessairement dépasser le passif. L'article 2 de l'ordonnance allemande du 26 février 1935 prévoit que « la demande d'ouverture de la procédure de concordat

---

commerce pose un principe d'ordre public et de police applicable indistinctement à tout commerçant français ou étranger, qui est soumis à la juridiction française pour l'exécution de ses engagements ».

(1) Cf. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, 1949, t. VIII, titre II, p. 810 et s.

(2) Le sursis de paiement est également admis au Portugal, aux Pays-Bas.

(3) Ordonnance allemande du 26 février 1935 sur le concordat ; Ordonnance autrichienne du 10 décembre 1914 ; cette mesure se retrouve également dans le Grand-Duché de Luxembourg, en Suisse, Grèce, Italie.

doit être présentée au tribunal compétent pour l'ouverture de la faillite. Elle ne peut être présentée que par le débiteur. Elle est admise dans les mêmes conditions que la procédure de faillite, mais elle ne peut plus être présentée après l'ouverture de celle-ci ». La proposition de concordat doit être certaine et elle doit accorder aux créanciers concordataires un taux minimum de 35% de leurs créances (art. 7). A la fin des enquêtes nécessaires, le tribunal statue sur le point de savoir si la procédure de concordat doit être ouverte. Dans l'affirmative, il nomme un syndic et le Greffe doit publier aussitôt la décision d'ouverture (art. 16 et 22). Le débiteur reste à la tête de ses affaires mais il ne doit utiliser les sommes disponibles que pour permettre à sa famille et à lui-même de mener un train de vie modeste (art. 56). Et le tribunal peut limiter la capacité de disposer du débiteur d'office, ou sur demande du syndic, d'un membre du conseil des créanciers ou d'un créancier concordataire (art. 78). Toutes ces dispositions sont d'ailleurs similaires dans l'ordonnance autrichienne du 10 décembre 1914.

En Angleterre également la procédure de faillite comporte deux phases distinctes. Dans la phase préparatoire, un arrangement est recherché entre le débiteur et les créanciers de façon à éviter la faillite. Celle-ci ne s'ouvre dans une seconde phase que s'il a été impossible d'aboutir à un accord durant la période préliminaire (1).

La Cour compétente, saisie d'une demande en déclaration de faillite, rend un ordre de séquestre (receiving order) et nomme un séquestre officiel (official receiver). Le débiteur n'est pas dessaisi de ses biens mais les poursuites individuelles des créanciers sont suspendues. La situation est examinée très minutieusement par le séquestre qui convoque ensuite les créanciers. Ceux-ci délibèrent sur l'admissibilité éventuelle des propositions faites. Et cette convention est ensuite homologuée par la Cour. C'est donc seulement à défaut d'accord que la faillite peut être déclarée.

Aux Etats-Unis le « Chandler act » de 1938 qui a révisé la loi fédérale de 1898 consacre aussi le concordat préventif. Celuici-peut être obtenu, soit dans une instance de faillite pendante, avant ou après le jugement déclaratif, soit sur demande principale du débiteur. L'admission à la procédure est automatique, aucune enquête préalable n'étant faite. Il n'en demeure pas moins, cependant, que seul le débiteur de bonne foi obtient, en fait, le concordat. Ce débiteur peut être laissé à la tête de ses affaires. Un administrateur peut cependant être nommé à la demande d'une partie intéressée, si le tribunal, qui n'a pas la possibilité d'en désigner un d'office, l'estime nécessaire (2).

Au Canada, le concordat préventif admis par la loi fédérale sur la faillite de 1919 fut aboli en 1923 en raison des abus dus à cette procédure. La nouvelle loi sur la faillite de décembre 1949 l'a, cependant, rétabli. La nouvelle loi prévoit, toutefois, des règles plus strictes. Le syndic doit faire une enquête et évaluer l'entreprise et les biens du débiteur

---

(1) Loi anglaise sur la faillite du 10 août 1914, article 18.

(2) K. H. Nadelmann, « Du concordat préventif de faillite aux Etats-Unis d'Amérique et au Canada », *Rev. trim. dr. com.*, 1951, p. 707.

afin de donner une estimation correcte de sa situation financière et une explication des causes de ses difficultés. Le rapport est fait à l'assemblée des créanciers. La majorité requise pour l'acceptation du concordat est celle des trois quarts en somme et de la majorité simple en nombre (1).

En France, enfin, le décret-loi du 20 mai 1955 a supprimé la liquidation judiciaire. Il a créé, toutefois, à côté de la faillite le règlement judiciaire qui doit devenir la procédure ordinaire. La faillite est réservée au débiteur qu'il faut frapper de mort commerciale.

Ces techniques très variées tendent donc à protéger le débiteur de bonne foi. Leur application soulève deux sortes de problèmes. D'une part, sont-elles réservées aux seuls nationaux ou leur champ d'application est-il plus vaste ? D'autre part, si le débiteur a bénéficié de ces différentes mesures sur un autre territoire peuvent-elles avoir une certaine portée extraterritoriale ?

## § 1. — DOMAINE D'APPLICATION DE CES MESURES PRÉVENTIVES

En principe, la personne physique ou morale étrangère qui a cessé ses paiements peut demander sa mise en règlement judiciaire en France car ce n'est pas un droit civil réservé aux seuls nationaux (2). Et les conditions requises doivent être appréciées en se référant à la loi du juge saisi, à la loi française.

L'application pratique de l'article 1er du décret du 20 mai 1955 présente cependant des difficultés. Il faut faire une distinction entre les commerçants et les sociétés. La requête doit être déposée au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve le principal établissement commercial. Le débiteur doit donc être domicilié en France. Le commerçant peut remplir cette condition, mais il n'en est pas de même pour les sociétés étrangères. Le principal établissement se confond avec le siège social et se trouve, en conséquence, à l'étranger. Il faut en déduire que seules les sociétés françaises peuvent bénéficier de cette mesure. La solution est curieuse et mérite d'être signalée. Le domaine d'application de la *lex fori* se trouve limité non pas à la suite de la compétence concurrente d'une loi étrangère mais en raison de l'extranéité du débiteur (3).

Les règles de compétence juridictionnelle ne permettent donc pas que

---

(1) K. H. NADELMANN, « Du concordat préventif de faillite aux Etats-Unis d'Amérique et au Canada », *Rev. trim. dr. com.*, 1951, p. 709.

(2) Le Tribunal de commerce de la Seine s'est prononcé en ce sens le 14 mai 1906 : « si les étrangers qui ont un établissement commercial en France, peuvent être déclarés en faillite par les tribunaux français, il n'existe aucune raison pour leur refuser le bénéfice de la liquidation judiciaire, alors que rien dans la loi du 4 mars 1889 n'indique que les avantages doivent être réservés aux Français exclusivement », *Rev. dr. int. pr.*, 1907, p. 762.

(3) LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 371 ; PIC, « De la faillite et de la liquidation judiciaire des sociétés commerciales en droit international privé » *Clunet*, 1892, p. 599.

les personnes morales étrangères demandent leur mise en règlement judiciaire en France. Mais il ne faut pas oublier également que plusieurs mesures préventives ne sont appliquées que dans certains pays. Ainsi, en France, le concordat préventif et le sursis de paiement sont inconnus. Faut-il, de ce fait, leur interdire tout effet sur notre territoire ?

## § 2. — PORTÉE EXTRATERRITORIALE DES MESURES PRÉVENTIVES DE LA FAILLITE

Plusieurs auteurs estiment que le fait de reconnaître certains effets sur notre territoire à des mesures préventives organisées à l'étranger constitue une violation de l'ordre public parce que la législation française ne connaît pas ces procédés. Le concordat préventif, par exemple, doit être homologué par le tribunal. Le juge qui homologue n'a aucun droit de juridiction sur les créanciers français. De ce fait, le jugement ne doit avoir aucune autorité en France (1). De même, le sursis de paiement selon Despagnet « constitue une dérogation très grave aux droits des créanciers tels qu'ils résultent de la convention, et ne saurait avoir d'effet ailleurs que dans le pays où la loi l'autorise et où siège le tribunal qui l'accorde » (2).

Ces objections semblent fondées, *a priori*. Toutefois, pour pouvoir se prononcer objectivement, il est nécessaire d'étudier toutes les données du problème. Certes, les mesures préventives varient selon les pays. Cependant, il ne faut peut-être pas s'attacher à la mesure elle-même mais au but recherché. Le législateur a voulu avant tout améliorer le sort du débiteur de bonne foi. Les modalités d'exécution sont différentes mais toutes les législations ont un même dessein. S'il y a identité d'intention il n'est pas possible de soutenir que ces institutions sont contraires à l'ordre public.

La seconde critique n'est pas également déterminante. Le juge étranger qui prononce un jugement de faillite n'a aucun droit de juridiction sur les créanciers français. L'effet extraterritorial de la faillite étrangère n'a cependant jamais été contesté. Pourquoi n'en serait-il pas de même pour le concordat préventif ?

Enfin, le sursis de paiement déroge à l'obligation du débiteur de payer au jour fixé par la convention. Il s'agit cependant d'une simple question de délais. Les créanciers ne risquent pas d'être lésés, puisque l'actif doit dépasser le passif. Lorsqu'une faillite étrangère est prononcée et produit certains effets en France, les créanciers ne perçoivent pas le montant intégral de leur créance mais seulement un dividende. Les restrictions apportées aux droits des créanciers sont plus importantes et sont néanmoins admises. Aussi, il est difficilement concevable que le sursis de paiement ne puisse produire aucune conséquence en France (3).

---

(1) Asser et Rivière, *Eléments de droit international privé*, n° 131, p. 245.

(2) Despagnet, *Précis de droit international privé*, 4e éd. p. 830.

(3) Rolin, « Conflits de lois en matière de faillite », *Académie de droit international, recueil des cours*, 1926. IV. p. 134 ; Travers, *Le droit commercial international*, Vol. VII, fasc. II, n° 12053.

Les mesures préventives de la faillite doivent donc avoir une portée extraterritoriale. Ce principe a d'ailleurs été consacré par le droit conventionnel. Les conventions franco-belge du 8 juillet 1899, franco-italienne du 3 juin 1930, hollando-belge du 28 mars 1929 et scandinave du 7 novembre 1935 l'affirment expressément.

Une dernière question doit alors être envisagée. Les conditions d'application de ces mesures varient selon les pays. Ainsi, pour le concordat préventif, les majorités requises ne sont pas les mêmes dans les différentes législations. Le dividende minimum exigé est également très variable. Par suite de ces divergences quelle est la loi compétente pour apprécier si les différentes conditions sont réunies ? La loi du tribunal qui a prononcé la mesure ou celle du pays où le jugement doit être exécuté, lorsqu'il connaît, du moins, cette institution ? Dans cette hypothèse, seule la loi du tribunal qui a organisé ce moyen préventif doit s'appliquer.

## CHAPITRE II

# DÉCLARATION ET ORGANISATION DE LA FAILLITE

Lorsque les deux conditions de fond : débiteur commerçant et cessation des paiements, exigées par l'article 437, alinéa 1er, du Code de Commerce, et préalables à toute déclaration de faillite sont réunies, le tribunal peut être saisi sur la demande des créanciers, d'office ou par le débiteur lui-même. L'exercice de ces trois actions ne présente pas généralement de difficultés en droit interne. Il n'en est pas de même lorsque le débiteur est un commerçant étranger, surtout lorsqu'il veut user du troisième mode de saisine qui lui est accordé. Ces différents procédés ont été organisés pour des nationaux et parfois les règles de compétence juridictionnelle s'opposent à la déclaration de faillite, en France, de commerçants étrangers.

Si, en dépit de ces difficultés, le tribunal compétent est saisi il rend un jugement déclaratif de faillite et dans cette décision il nomme un ou plusieurs syndics (art. 461, C. com.). Dans cette hypothèse, l'extranéité du débiteur est encore à l'origine de nombreux ennuis puisque le syndic ne peut pas avoir plus de droits que le représenté. De plus, lorsque la faillite a été prononcée dans un autre Etat, le syndic étranger peut-il prendre certaines dispositions en France, avant que le jugement étranger ait été rendu exécutoire sur notre territoire ?

## Section I. Saisine du tribunal

Les trois modes de saisine du tribunal prévus par l'article 440 du Code de Commerce peuvent-ils être utilisés lorsqu'il s'agit de prononcer la faillite d'un commerçant étranger ? Deux problèmes se posent immédiatement. En premier lieu, ces différents procédés n'existent peut-être pas dans la loi qui régit le statut juridique de ces personnes physiques ou morales étrangères ou leurs modalités d'application sont différentes. En second lieu, le législateur qui a réglementé ces diverses techniques n'a envisagé que la faillite de commerçants ou sociétés françaises. Aussi, certains de ces procédés ne peuvent pas être employés ou doivent être adaptés.

## § 1. — FAILLITE DÉCLARÉE A LA DEMANDE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES OU D'OFFICE : CONFLIT ENTRE LA LOI DU DOMICILE OU DU SIÈGE SOCIAL ET LA « *LEX FORI* ».

Dans la plupart des législations les créanciers chirographaires peuvent demander la mise en faillite. Cette solution se conçoit fort bien. Le commerçant qui fait de mauvaises affaires recourt souvent à des expédients pour éviter de déposer son bilan. Il ne se résoud à le faire que lorsqu'il est pratiquement ruiné. Il est donc nécessaire de hâter l'organisation de la procédure et ce recours accordé aux créanciers chirographaires leur permet de limiter ces effets désastreux.

Si le principe est le même dans de nombreux Etats, les modalités d'application varient. Certaines lois précisent que seuls les créanciers d'une certaine somme peuvent demander la mise en faillite. Dans d'autres, le passif doit atteindre un certain montant. Enfin, la loi italienne ne reconnaît ce droit qu'aux créanciers pour cause commerciale. Le conjoint et les proches parents du débiteur ne bénéficient pas de ce privilège.

La déclaration d'office également n'est pas reconnue par toutes les législations. Elle est impossible en Allemagne, en Angleterre, en Autriche, au Danemark, en Espagne, aux Etats-Unis (1).

Il peut donc y avoir des divergences entre la loi du domicile ou du siège social du débiteur et la loi du lieu d'ouverture de la faillite. Seule cette dernière doit s'appliquer. Ces modes de saisine du tribunal sont des questions de procédure régies par la loi du lieu où l'acte de procédure s'accomplit. Un tribunal allemand ne peut donc jamais refuser l'exequatur à un jugement déclaratif de faillite français par ce que cette mesure a été prononcée d'office.

Mais des difficultés plus graves peuvent également se présenter. Dans certaines hypothèses, il n'y a pas seulement des différences dans les modalités d'application d'un mode de saisine. Parfois, le procédé lui-même est inapplicable pour des raisons de compétence juridictionnelle.

## § 2. — FAILLITE PRONONCÉE A LA DEMANDE DU DÉBITEUR : CONFLIT IMPUTABLE A L'EXTRANÉITÉ DU DÉBITEUR

Si la déclaration de faillite de débiteurs étrangers à la demande des créanciers chirographaires ou d'office ne rencontre pas de nombreux

(1) Allemagne, Ordonnance du 10 février 1877 sur la faillite, article 103 : « La procédure ne peut être ouverte que sur demande. Le failli ainsi que tout créancier de la faillite est en droit de faire la demande » ; Autriche, Ordonnance du 10 décembre 1914, articles 70 et 71 ; Loi danoise sur la faillite du 25 mars 1872, articles 40 à 42 ; Etats-Unis, Loi du 1er juillet 1898, article 18 ; Canada, Loi du 7 juillet 1919, article 4.

obstacles, le problème est peut-être plus délicat lorsque cette mesure est prononcée à la demande du débiteur.

Certains auteurs estiment que l'étranger qui a le droit d'exercer une activité commerciale en France doit subir toutes les conséquences bonnes ou mauvaises qui découlent de la profession (1). Seule une disposition formelle de la loi peut prévoir certaines dérogations. Or elles ne se retrouvent pas dans les termes généraux de l'article 437 du Code de Commerce.

Ce mode de saisine ne doit pas être également considéré comme un droit civil réservé aux seuls nationaux. Le débiteur a non pas seulement le droit, mais aussi l'obligation de déposer son bilan dès que s'est produit l'évènement qui est de nature à justifier la mise en faillite. Ces arguments sont d'ailleurs repris dans un arrêt de la Cour de Cassation du 24 novembre 1857 (2) : « L'état de faillite, loin d'être le résultat de l'exercice d'un droit civil, soumis à la réciprocité exigée par l'article 11 du Code Civil, n'est que la conséquence du fait de cessation des paiements, fait dont la constatation judiciaire est ordonnée dans un intérêt d'ordre public : la loi qui impose principalement au commerçant failli l'obligation d'assurer cette constatation par la déclaration personnelle de la cessation de ses paiements, lui inflige des peines, soit à raison de l'inobservation de ce devoir, soit à raison de certains faits consommés pendant la gestion commerciale : elle a ainsi les caractères d'une loi de police, obligeant tous ceux qui habitent le territoire français ».

La question est cependant plus complexe qu'elle ne le semble au premier abord. Selon l'article 437 du Code de Commerce, le commerçant qui cesse ses paiements doit en faire la déclaration au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve son principal établissement. Le débiteur étranger peut-il remplir ces conditions ?

Il importe d'opérer une distinction préliminaire entre les personnes physiques et les personnes morales étrangères avant de se prononcer. Les premières peuvent avoir un principal établissement sur notre territoire et déposer leur bilan en France. C'est d'ailleurs la situation qui se présentait dans l'arrêt de la Cour de Cassation du 24 novembre 1857. Il s'agissait de deux sujets anglais qui exerçaient leur activité à Paris. En conséquence, il ne faut peut-être pas accorder à cette décision la portée générale qu'on lui a parfois prêtée.

Il n'en est pas de même dans le second cas. Le principal établissement des personnes morales se confond avec le siège social et il est toujours situé à l'étranger. Les règles de compétence juridictionnelle font donc obstacle à la déclaration de faillite en France des personnes morales étrangères (3). Les difficultés rencontrées pour

---

(1) Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2e éd., t. VI, p. 238 ; Glasson, « Compétence des tribunaux français entre étrangers », *Clunet*, 1881, p. 126 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 5e éd., t. VIII, n° 1228.

(2) Cass. Req., 24 novembre 1857, D., 1858.I.85.

(3) Pic, « De la faillite et de la liquidation judiciaire des sociétés commerciales en droit international privé », *Clunet*, 1892, p. 598 ; Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 368.

le règlement judiciaire se retrouvent dans cette hypothèse. Il n'y a pas de conflit entre deux lois puisque la compétence de la *lex fori* n'est pas contestée. Mais celle-ci a été conçue pour des nationaux et il est parfois difficile de l'appliquer à des étranger. Le conflit est localisé au sein même de la loi locale. Il y a une opposition entre les dispositions générales, entre l'esprit de cette loi et les possibilités d'application.

De plus, en se plaçant sur un plan plus subjectif, cette solution se conçoit. En effet, s'il doit exister une certaine égalité de traitement entre les débiteurs français et les débiteurs étrangers, ces derniers ne doivent pas bénéficier d'un régime de faveur. Or, l'équilibre entre les aspects favorables et les aspects défavorables de la faillite se trouve quelque peu détruit lorsqu'un étranger fait l'objet de cette mesure. Certes, ce débiteur est dessaisi de ses biens et il est privé de ses droits politiques et professionnels. Il subit une sorte de « capitis diminutio ». Certaines sanctions pénales peuvent être également prononcées contre lui. Mais ces conséquences graves sont très limitées. En réalité, il peut y échapper en regagnant sa patrie. Le débiteur français peut moins aisément éviter ces inconvénients.

Enfin, pour reprendre les termes mêmes de l'arrêt de la Cour de Cassation les lois sur la faillite sont « des lois de police commerciale » Elles obligent tous ceux qui habitent sur le territoire français. Elles tendent à protéger les créanciers. Or l'effet contraire peut parfois se produire lorsque le commerçant étranger demande sa mise en faillite. Il peut solliciter l'application de cette mesure à un moment jugé inopportun par ses créanciers. Il les prive également de l'option qui leur est réservée car parfois il est plus intéressant de demander la mise en faillite devant le tribunal étranger du siège social.

Seule la loi en vertu de laquelle la faillite a été ouverte détermine donc les modes de saisine du tribunal. Elle précise également les pouvoirs des syndics.

## Section II. — Le contrôle des opérations

Lorsque le jugement déclaratif de faillite a été rendu, il importe de déterminer la situation exacte du failli. Il faut évaluer l'actif, dresser la liste des créanciers et l'état de ce qui leur est dû. Des syndics sont nommés pour remplir ces fonctions (1). Seule la loi du lieu d'ouverture de la faillite détermine leur mode de désignation et leurs pouvoirs (2). De ce fait, si la faillite d'un étranger est prononcée en France, seules pourront être désignées comme syndics les personnes qualifiées à cet effet dans les termes du décret du 20 mai 1955. Deux problèmes se posent,

(1) Brulliard et Laroche, *Précis de droit commercial*, 4e éd., 1960, p. 335.

(2) Ces dispositions se retrouvent dans les résolutions du Congrès juridique de Turin, article 3, et dans la IVe Conférence de La Haye, 1904, article 4.

cependant. D'une part le syndic ne peut avoir plus de droits que le représenté. Or celui-ci n'est pas un français et cette situation est la source de nombreuses difficultés.

D'autre part, si cette mesure a été organisée à l'étranger, les syndics vont vouloir faire certains actes en France. L'exequatur est-il nécessaire ?

## 1. — FAILLITE EN FRANCE D'UN DÉBITEUR ÉTRANGER : POUVOIRS DU SYNDIC FRANCAIS

Dans cette hypothèse, il ne s'agit pas d'un conflit de lois proprement dit. Les difficultés proviennent encore du caractère étranger du failli ou de la masse. Il n'y a pas de divergences entre deux lois susceptibles de s'appliquer. Il existe un conflit entre deux qualités, il y a une opposition de droits. Le syndic a été nommé par le tribunal français et il est lui-même ressortissant français. Mais, lorsqu'il représente le débiteur étranger il ne peut avoir plus de droit que ce dernier. En d'autres termes, ses droits et ses pouvoirs sont déterminés par la *lex fori* mais ils se trouvent limités, réduits par suite de l'extranéité du représenté. C'est encore le caractère étranger du failli ou de la masse qui s'oppose à la reconnaissance, sans restriction, de toutes les prérogatives accordées au syndic par la loi du juge saisi.

La jurisprudence a dû, dans plusieurs décisions, se prononcer sur ces oppositions de droits et de pouvoirs. Ainsi, le tribunal de Nice a, le 5 novembre 1917, estimé que le syndic de la faillite d'un sujet ennemi ne pouvait se prévaloir du décret moratoire du 10 août 1914 car ce droit n'est pas reconnu aux sujets ennemis (1).

La Cour de Limoges a également précisé le 29 juin 1885 que le syndic doit verser la caution *judicatum solvi* lorsqu'il représente un débiteur étranger ou une masse qui n'est pas composée de créanciers français (2). La Cour de Riom a adopté la même solution le 16 février 1963 (3). Un jugement du tribunal de Tunis avait prononcé, en 1960, la faillite d'un commerçant français. Le syndic de l'union des créanciers, français également, intenta devant le Tribunal de Cusset une action tendant à l'exécution en France de la décision tunisienne, action dirigée contre des français, probablement débiteurs du failli. Les défendeurs réclamaient la caution *judicatum solvi*. Le syndic, pour refuser de la verser, objectait que le failli et lui-même étant français, la caution n'était pas due. La Cour de Riom n'a pas admis cette argumentation aux motifs que « les syndics représentent à la fois le débiteur et la masse des créanciers ; que l'extranéité du demandeur doit être appréciée, s'il y a représentation, dans la personne du ou des représentés ; qu'en l'espèce, les créanciers représentés par le syndic sont en majorité de nationalité

(1) Trib. Nice, 5 novembre 1917, *Clunet*, 1918, p. 672.

(2) Limoges, 29 juin 1885, *Journ. faillites*, 1886, p. 406.

(3) Riom, 18 février 1963, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1964, p. 87, note Marthe Simon-Depitre, *Clunet*, 1963, p. 1058, note J. B. Sialelli, *Rev. trim. dr. com.*, 1964, p. 553, note Loussouarn.

tunisienne et par conséquent étrangers ; que c'est à bon droit, dans ces conditions, que les premiers juges ont décidé que Callamand (le syndic) devait fournir caution en qualité de demandeur principal représentant des personnes de nationalité étrangère ».

Enfin, la Cour de Cassation a déclaré le 12 janvier 1875 que (1) « dans le cas où les créanciers du failli poursuivent, par l'intermédiaire du syndic la rentrée des créances formant partie de l'actif ils exercent, non des actions qui leur sont propres, mais les actions mêmes du failli que dès lors, ils ne sauraient être admis à se prévaloir, à raison de leur condition personnelle, de privilèges ou d'avantages que le failli lui-même n'aurait pas été autorisé à invoquer ». Et de fait, elle n'a pas admis que le syndic puisse poursuivre, devant les juridictions françaises, les débiteurs du failli, car le bénéfice de l'article 14 du Code Civil est un droit civil réservé aux seuls français.

Les trois premières décisions peuvent se concevoir, mais la quatrième est plus difficilement admissible. Il était peut-être plus intéressant pour les créanciers nationaux que l'action soit intentée devant les tribunaux français. Aussi, ne serait-il pas préférable d'opérer une ventilation dans les limitations apportées à l'application de la *lex fori*. Lorsque le syndic représenterait le débiteur les restrictions pourraient se concevoir. Il n'en serait pas de même lorsque les créanciers pourraient se trouver lésés. Dans cette hypothèse, il serait préférable d'étendre les droits et les pouvoirs du syndic.

En l'état actuel de la jurisprudence, l'extranéité du débiteur ou de la masse réduit donc les pouvoirs du syndic français. L'hypothèse inverse peut également se rencontrer. Le débiteur étranger a été déclaré en faillite, dans son propre pays et le syndic étranger veut prendre certaines mesures en France. Le jugement déclaratif de faillite doit-il avoir été rendu exécutoire ?

## § 2. — POUVOIRS EN FRANCE D'UN SYNDIC ÉTRANGER AVANT TOUTE DÉCISION D'EXEQUATUR

En droit interne, toute décision judiciaire produit trois conséquences. Elle est assortie de la force exécutoire, de l'autorité de la chose jugée et de certaines garanties d'exécution (2). Lorsque le jugement émane d'un tribunal étranger aucun de ces effets ne se produit de plein droit.

La force exécutoire d'une décision ne peut être donnée que par les autorités du pays de l'exécution car un état ne peut admettre que l'ordre d'une souveraineté étrangère puisse mettre en œuvre chez lui la force publique. La souveraineté est essentiellement territoriale. Pour pouvoir exécuter un jugement étranger selon les moyens prévus par la loi française une décision d'exequatur est nécessaire.

De ce fait, si un syndic étranger porcède à des actes d'exécution sur des biens meubles ou immeubles du failli situés en France un jugement

(1) Cass., 12 janvier 1875, *Clunet*, 1876, p. 182.
(2) GIVERDON, *Répert. procédure civ. et com.*, t. II, V° Jugement, n^os^ 445 et s.

d'exequatur doit avoir été rendu. Le représentant étranger du débiteur et de la masse a alors seul le pouvoir d'agir en France. Cette solution présente d'ailleurs des inconvénients lorsque le syndic n'est pas diligent ou se révèle incapable de mener à bien sa tâche. L'autorité française n'a aucune qualité pour intervenir en vue de mettre fin à sa mission et les créanciers nationaux peuvent en subir les conséquences. Aussi, il faut accorder l'exequatur avec prudence.

Mais le syndic étranger ne se borne pas à faire des actes d'exécution. Il doit prendre également certaines mesures conservatoires et parfois il doit procéder très vite. Dans cette hypothèse, les pouvoirs reconnus au syndic sont-ils encore subordonnés à un jugement d'exequatur ? La doctrine et la jurisprudence semblent très divisées sur cette question.

**A. — Doctrine, jurisprudence dominantes et droit conventionnel : le syndic étranger peut faire certains actes avant toute instance d'exequatur.**

I. — *La doctrine*

De nombreux auteurs estiment que le syndic peut et doit faire certains actes avant tout jugement d'exequatur. Mais ils ne justifient pas leur position de la même façon. Certains se placent sur un plan juridique, d'autres voient essentiellement les conséquences pratiques.

*a) Justifications juridiques.*

L'analyse des arguments proposés par les partisans de cette théorie permet de déceler une double orientation. Pour les uns, tout jugement étranger même non exequaturé, est susceptible d'un certain nombre d'effets et cette règle générale doit s'appliquer au jugement déclaratif de faillite (1). Pour les autres, la faillite régulièrement déclarée et organisée par un tribunal compétent doit être universellement reconnue (2).

Pour les premiers le jugement étranger doit être considéré comme un droit efficace, au moins dans une certaine mesure. Il doit produire certains effets en France « sans qu'il ait besoin d'être complété par cette sorte de relais juridique que constitue l'exequatur » selon la formule imagée de Niboyet (3). Il constitue un titre habilitant le syndic à agir au nom de la masse et du débiteur. De plus, ce jugement rendu par le tribunal compétent du siège social ou du domicile du failli émane d'une autorité publique. Comme tous les actes publics

(1) Niboyet, *Traité de droit international privé*, t. VI *bis*, 1950, « Les conflits de juridictions », p. 32 ; Valensi, *Répert. dr. int.* ; Niboyet et de Lapradelle, t. VIII, V° Faillite, n°s 338 et s. ; Loussouarn, note sous Trib. civ. Seine, 7 mars 1957, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, p. 331 ; Esperson, « Le droit international privé dans la législation italienne », *Clunet*, 1884, p. 376 ; Procureur général Baudoin, *Clunet*, 1904, p. 145 ; Perroud, « Effets produits en France par un jugement étranger en matière de faillite », *Clunet*, 1929, p. 281 ; Houin, *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 897.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. VI, p. 266 ; Labbé, sous Douai, 22 décembre 1863, S., 1865.II.60 ; Dubois sous Paris, 7 mars 1878, S., 1879.II.164.

(3) Niboyet, *op. cit.*, t. VI *bis*, p. 34.

dressés hors de France, il constitue un acte internationalement efficace, il a la force probante de son contenu mais ne peut avoir une force exécutoire qu'après exequatur.

Cette conception se retrouve d'ailleurs dans la législation italienne (1). Comme en France, le jugement déclaratif de faillite présente un double aspect. C'est un titre probant de la condition personnelle du failli. Celui-ci est dessaisi de ses biens et cette administration est confiée à un syndic. Il joue en quelque sorte le rôle d'un témoignage auprès du juge saisi. Mais c'est également un titre exécutoire qui permet de faire vendre les biens meubles et immeubles du débiteur. Envisagé sous le premier aspect, ce jugement produit des effets dans tous les pays avant tout exequatur.

Le jugement déclaratif de faillite est également un acte de juridiction gracieuse. Il n'est pas attributif de droit et ne tranche aucune contestation. Il constate que le commerçant a cessé ses paiements et il nomme un syndic qui n'est pas chargé d'exécuter ce jugement mais d'exercer certains droits qui appartenaient antérieurement au débiteur ou aux créanciers. De ce fait, le syndic peut prendre un certain nombre de mesures conservatoires avant que le jugement ait été rendu exécutoire.

S'il y a accord entre les défenseurs de cette thèse sur le principe même de la séparation nécessaire entre les actes d'exécution et les actes conservatoires, il n'en est pas de même lorsqu'il faut préciser le sens donné à ce mot « conservatoire ». L'interprétation proposée est plus ou moins extensive selon les auteurs. Et les partisans de l'universalité de la faillite se montrent particulièrement libéraux. Ce ne sont pas précisément les actes d'exécution qui ne peuvent pas être accomplis en France avant l'exequatur mais les actes pour lesquels un titre exécutoire est indispensable, ce qui est très différent. Cette solution n'est pas acceptable car le syndic étranger pourrait faire certains actes d'exécution avant tout jugement d'exequatur. Il y aurait violation des principes généraux qui régissent les effets en France des jugements déclaratifs de faillite étrangers.

Ces divergences ne sont d'ailleurs pas essentiellement doctrinales, car elles se retrouvent également au sein de la jurisprudence. Il est cependant très important de déterminer exactement ce qu'il faut entendre par mesure conservatoire. Lorsqu'un représentant étranger du débiteur et de la masse désire prendre certaines mesures sur les biens du failli situés sur notre territoire, il veut savoir très précisément les pouvoirs qui lui sont accordés. Or il ne peut jamais être fixé, il ne peut jamais savoir si telle mesure est autorisée puisque les critères de délimitation varient selon les auteurs et selon les décisions judiciaires. Pour obtenir une construction cohérente, il est donc nécessaire d'aboutir à une entente non seulement sur le principe mais également sur les applications pratiques.

Si le jugement déclaratif de faillite étranger constitue un titre, ce n'est pas le seul effet qu'il produit. Il est possible d'y trouver certains

(1) Cf. Esperson, « Le droit international privé dans la législation italienne », *Clunet*, 1884, p. 376.

éléments de fait qui peuvent être retenus et qui doivent entraîner certaines conséquences. Ainsi nos tribunaux peuvent tenir pour établie la qualité du syndic nommé par le jugement étranger, avant toute décision d'exequatur. La décision étrangère se présente comme un fait ou comme la constatation d'un fait.

Cet effet probatoire est d'ailleurs très faible et ne se produit que lorsque plusieurs conditions très restrictives sont réunies. Il ne doit pas y avoir une faillite déclarée ou une simple demande pendante devant nos tribunaux. Une contestation sur le principe de la faillite ou sur la nomination du syndic donne tout au plus, selon Audinet, au jugement étranger la valeur d'une présomption de fait (1). Enfin, les juges français peuvent exercer un certain contrôle sur ce jugement en dehors de toute instance d'exequatur. Il doit avoir été rendu par un tribunal compétent et il ne doit pas contenir des dispositions contraires à l'ordre public. Si cet examen révèle que l'exequatur serait probablement refusé, les pouvoirs accordés au syndic doivent être retirés. Il ne peut plus prendre aucune mesure conservatoire.

En se plaçant sur un plan essentiellement juridique, le jugement déclaratif de faillite peut donc produire certains effets en France avant tout exequatur et le syndic doit disposer de certains pouvoirs sur notre territoire. Les partisans de l'universalité de la faillite partagent également ce point de vue mais leurs arguments sont différents. Cette mesure crée une situation indivisible. Elle doit avoir un rayonnement très grand. Elle doit être reconnue par tous les états dans lesquels le débiteur possède des biens. En conséquence, le syndic qui représente le failli et la masse doit disposer de pouvoirs très larges avant que le jugement étranger ait été rendu exécutoire. Cette thèse en elle-même peut se concevoir mais les justifications proposées pour la fonder sont plus discutables.

Weiss, en particulier (2), propose une conception très spécieuse de l'exequatur. Toute décision étrangère est assortie de l'autorité de la chose jugée « sans distinguer suivant qu'elle a statué sur l'état et la capacité d'un national ou sur un intérêt purement pécuniaire ». Le juge français doit seulement vérifier si elle a été rendue par un tribunal compétent et si elle ne comporte pas de dispositions contraires à l'ordre public. Il en déduit immédiatement que le syndic étranger peut accomplir sur notre territoire tous les actes qui ne nécessitent pas l'intervention de la force publique.

Cette théorie n'est pas acceptable. Elle est en contradiction avec la conception de l'exequatur élaborée par l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence françaises (3). D'une part, seules les décisions étrangères qui concernent l'état et la capacité ont de plein droit autorité en France. D'autre part, les pouvoirs reconnus aux tribunaux français ne sont pas aussi limités que semble le supposer Weiss. Cette faculté

---

(1) Audinet, note sous Cass. civ., 30 janvier 1912, S., 1916.I.113.

(2) Weiss, *op. cit.*, t. VI, p. 266.

(3) Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn, *Droit international privé*, 7e éd., n° 426, p. 508 ; Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3e éd., nos 741 et s.

de contrôle qu'il leur reconnaît doit être exercée en dehors de toute instance d'exequatur lorsque le syndic désire simplement prendre certaines mesures conservatoires sur notre territoire. Lorsqu'ils doivent rendre un jugement d'exequatur les juges ont l'obligation d'effectuer certaines vérifications qui sont précisées par la chambre civile de la Cour de Cassation dans un arrêt rendu le 7 janvier 1964 (1). Celle-ci déclare « que, pour accorder l'exequatur, le juge français doit s'assurer que cinq conditions se trouvent remplies, à savoir la compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision, la régularité de la procédure suivie devant cette juridiction, l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, la conformité à l'ordre public international et l'absence de toute fraude à la loi ; que cette vérification, qui suffit à assurer la protection de l'ordre juridique et des intérêts français, objet même de l'institution de l'exequatur, constitue en toute matière à la fois l'expression et la limite du pouvoir de contrôle du juge chargé de rendre exécutoire en France une décision étrangère, sans que ce juge doive procéder à une révision au fond de l'affaire ».

Tous ces auteurs ont donc envisagé le problème sur un plan essentielle ment juridique et les arguments qu'ils avancent sont plus ou moins acceptables. D'autres auteurs se sont également penchés sur la question mais ils l'ont étudiée sous une optique plus pratique.

*b) Justifications pratiques* :

Le but principal de l'exequatur est de protéger les habitants d'un Etat des effets d'un jugement étranger qui ne sont peut-être pas conformes aux grands principes admis dans ce pays. Comme nous l'avons déjà fait observer les tribunaux qui doivent rendre une telle décision recherchent si la décision étrangère peut produire des effets en France. Cependant cette procédure d'exequatur peut parfois causer un préjudice aux personnes qu'elle devrait protéger. Cette affirmation peut sembler paradoxale, mais elle se trouve vérifiée en matière de faillite. La procédure d'exequatur est très longue (2). Or, dans certains cas, il importe d'agir très vite pour éviter des conséquences graves ou irréparables. Il faut prendre différentes mesures conservatoires à l'égard des biens meubles ou immeubles du débiteur situés sur notre territoire très rapidement. Tous les débiteurs ne sont pas de bonne foi. Ils peuvent profiter de ce laps de temps qui s'écoule entre le moment où la faillite a été déclarée à l'étranger et celui où elle peut produire tous ses effets en France pour disposer d'une partie de leur patrimoine en leur faveur ou au profit des tiers. De ce fait, le syndic doit pouvoir demander l'apposition des scellés au nom des créanciers avant que la décision étrangère ait été rendue exécutoire. L'intérêt même des

(1) Cass. civ., 7 janvier 1964, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1964, p. 344, note Batiffol, *J.C.P.*, 1964.II.13590, note Ancel, *Rev. trim. dr. com.*, 1964, p. 455, note Loussouarn.

(2) Rolin, « Des conflits de lois en matière de faillite », *Académie de droit international, Recueil des Cours*, 1926, IV, p. 54, 81, 84, 85, 86.

créanciers exige que ces mesures soient prises très vite. Si on attend le déroulement normal de la procédure ils risquent de se trouver lésés.

Le débiteur peut également posséder des objets sujets à détérioration. Le syndic doit les vendre car dans le cas contraire, ils seront inutilisables et l'actif en sera diminué d'autant. Enfin, il faut lui reconnaître le droit de gérer le commerce du failli. S'il attend que la procédure suive normalement son cours, l'établissement commercial risque de cesser momentanément toute activité. De ce fait, une partie de la clientèle va être absorbée par les concurrents du failli et cette opération se traduit par une perte pour les créanciers.

La doctrine n'est pas cependant la seule à reconnaître au syndic étranger le droit de prendre certaines mesures conservatoires, avant toute décision d'exequatur. Cette solution est également adoptée par la jurisprudence.

### II. — *La jurisprudence*

Les décisions judiciaires dans leur ensemble reprennent les arguments avancés par la doctrine (1). Le jugement déclaratif de faillite se borne à constater un fait et est un acte de juridiction gracieuse. Elles apportent également quelques justifications supplémentaires. Le syndic se présente simplement comme un mandataire et un tel jugement est constitutif d'état.

Le premier argument a été développé dans un arrêt de la Cour de Cassation du 21 juin 1870 (2). Le pourvoi était fondé sur le défaut de qualité des syndics parce que le jugement étranger n'avait pas été rendu exécutoire. La juridiction Suprême a estimé « qu'il ne s'agissait point au procès d'exécuter, en France, la décision du tribunal suédois, mais de constater un fait, résultant de cette décision, à savoir que Rozycki avait été déclaré en faillite et que Nelin et Alstronn avaient été nommés syndics et comme tels, chargés de représenter les créanciers du failli ; que ce fait de la déclaration de faillite et de la nomination des syndics n'a été contesté ni en première instance, ni en appel, d'où il suit que le premier moyen manque en fait ».

La Cour de Paris s'est également prononcée sur cette question le

---

(1) Cass. civ., 21 juin 1870, D., 1871.I.294 ; Paris, 18 février 1888, *Journ. trib. com.*, 1888, p. 504 ; Paris, 16 juin 1887, *Clunet*, 1890, p. 906 ; Paris, 28 février 1881, *Clunet*, 1881, p. 263 ; Paris, 7 mars 1878, S., 1879.II.164, *Clunet*, 1878, p. 606 ; Paris, 20 janv. 1877, *Clunet*, 1878, p. 41 ; Paris, 14 décembre 1875, S., 1876.II.70, *Clunet*, 1877, p. 144 ; Paris, 21 mars 1873, *Clunet*, 1875, p. 18 ; Paris, 22 février 1872, S., 1872.II.90, *Clunet*, 1872, p. 32 ; Aix, 5 juin 1895, *Clunet*, 1896, p. 613 ; Aix, 8 juillet 1840, S., 1841.II.263 ; Bordeaux, 2 juin 1874, S., 1875.II.37 ; Colmar, 10 février 1864, S., 1864.II.122 ; Nancy, 12 juillet 1887, S., 1890.II.187, *Clunet*, 1888, p. 521, D., 1888.II.289 ; Toulouse, 17 avril 1883, *Clunet*, 1883, p. 161 ; Trib. com. Seine, 19 juin 1895, *Clunet*, 1896, p. 866 ; Trib. com. Seine, 11 mai 1887, *Clunet*, 1889, p. 670 ; Trib. com. Seine, 17 juillet 1886, *Journ. trib. com.*, 1888, p. 33 ; Trib. com. Seine, 6 octobre 1859, *Journ. trib. com.*, 1860, p. 73 ; Trib. Seine, 19 janvier 1876, *Clunet*, 1877, p. 45 ; *Trib. civ. Seine*, 5 février 1870, S., 1872.II.90, D., 1872.II.107.

(2) Cass. civ., 21 juin 1870, D., 1871.I.294.

28 février 1881 (1). Cet arrêt met bien en évidence les principaux arguments qui justifient une telle décision. « Le jugement déclaratif de faillite n'emporte ni attribution de droits, ni condamnation, et n'a d'autre objet que de constater judiciairement la réalité certaine d'un état de choses particulières, qui consiste dans l'impossibilité, pour un commerçant, de faire face à ses engagements, et d'un fait, qui est celui de la suspension de ses paiements ; les syndics désignés par un jugement de ce genre agissent en vertu de pouvoirs déterminés par la loi, non pour l'exécution de ce jugement, mais pour l'exercice de droits antérieurs et appartenant, soit à la masse active, soit à la masse passive ».

En dehors de ces différents motifs déjà invoqués par la doctrine, la jurisprudence propose également deux autres justifications. En premier lieu, le jugement étranger est constitutif d'un mandat. Cette argumentation a été développé dans une décision du tribunal civil de la Seine du 5 février 1870 (2) : « Attendu, déclare le tribunal, que le jugement déclaratif de faillite n'a d'autre effet que de dessaisir le failli étranger de l'administration personnelle de ses biens et de lui substituer un mandataire légal chargé de le représenter dans toutes les actions actives et passives qui peuvent l'intéresser. Qu'il suit de là que le syndic peut, en vertu de son mandat, exercer devant les tribunaux français, toutes les actions qui auraient appartenu au failli lui-même, et que le jugement déclaratif de la faillite n'a pas plus besoin pour l'exercice de ces actions de l'exequatur français que n'en aurait besoin un acte reçu par un officier public étranger qui constituerait un fondé de pouvoir ou un mandataire privé ».

Cet argument a été également repris par la Cour de Paris le 29 mai 1963. « Considérant que S..., désigné régulièremnet comme liquidateur de la Société A.E.B... par l'autorité judiciaire anglaise, est devenu le représentant légal de cette Société et peut, dès lors, exercer en France contre les débiteurs français les actions appartenant au failli sans qu'il soit nécessaire que les jugements prononçant la faillite et désignant S... comme liquidateur, aient été déclarés exécutoires en France ; qu'en effet la demande dirigée par le liquidateur contre les Ets B.R... ne tend pas à faire produire au jugement déclaratif de faillite des effets, sur le territoire français, à l'égard des personnes ou à l'égard des biens » (3).

En second lieu, le jugement déclaratif de faillite est un jugement constitutif d'état. Il règle la capacité du failli. Cette thèse a été soutenue par le tribunal civil de Charleville, le 29 mai 1890 et la Cour de Paris le 14 février 1894 (4). Celle-ci déclare « que le jugement déclaratif de faillite et celui qui homologue le concordat statuent, à la fois, et sur la capacité du failli et sur ses relations pécuniaires avec les tiers ; que ces décisions, lorsqu'elles sont émanées de juridictions étrangères,

---

(1) Paris, 28 février 1881, *Clunet*, 1881, p. 263.
(2) Trib. civ. Seine, 5 février 1870, S., 1872.II.90, D., 1872.II.107.
(3) Paris, 29 mai 1963, *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 897, *Clunet*, 1964, p. 119.
(5) Trib. civ. Charleville, 29 mai 1890, *Clunet*, 1891, p. 525 ; Paris, 14 février 1894, *Clunet*, 1894, p. 1013.

peuvent bien être invoquées en France, même sans exequatur, quant aux effets qu'elles produisent sur la capacité du failli ; qu'en effet, l'article 3 du Code Civil décide que les lois régissant l'état et la capacité des personnes, obligent les français même résidant à l'étranger ; que, par réciprocité, les étrangers demeurent régis en France, quant à leur état et à leur capacité, par leurs lois nationales ; que les jugements qui font application de ces lois doivent produire les mêmes effets ».

Cette assimilation de la faillite au statut personnel est également fréquente dans la jurisprudence étrangère. Ainsi, la Cour de Bruxelles, dans son arrêt du 23 mars 1905 (1) déclare : « que la loi relative aux faillites en tant qu'elle règle l'état et la capacité du failli, affecte son statut personnel sans qu'il soit nécessaire tant que le curateur étranger ne procède pas en Belgique à des actes d'exécution, que le jugement déclaratif de faillite soit déclaré exécutoire ». Ces mêmes arguments se retrouvent dans les décisions égyptiennes et hollandaises (2).

Ce souci de permettre aux syndics étrangers de prendre certaines mesures conservatoires avant tout jugement d'exequatur n'est d'ailleurs pas propre à la jurisprudence française. Il se retrouve également dans la jurisprudence italienne et égyptienne. La Cour de Cassation de Turin, le 18 juillet 1908 et les Cours d'Appel de Milan le 15 décembre 1879, de Brescia le 1er août 1871 se sont prononcées en ce sens. Cette dernière accorde une certaine force probante aux décisions étrangères et estime que l'exequatur est « indispensable seulement lorsque, se basant sur le document étranger, on veut par la force contraindre autrui à l'accomplissement des obligations contractées en se prévalant de ce document » (3).

La doctrine et la jurisprudence dominantes estiment donc que le syndic étranger peut faire certains actes avant tout jugement d'exequatur. Cette solution a été également consacrée dans plusieurs conventions internationales.

### III. — *Le droit conventionnel*

Ce problème de l'exequatur a été envisagé par les conventions franco-suisse du 15 juin 1869, franco-belge du 8 juillet 1899, belge-hollandaise du 28 mars 1925, franco-italienne du 3 juin 1930, franco-monégasque du 13 septembre 1950.

#### *a) Convention franco-suisse du 15 juin 1869.*

A première vue, cette convention semble plus sévère que le droit commun (4). En effet, l'article 6 alinéa 2 déclare que le syndic a le

---

(1) Cour de Bruxelles, 23 mars 1905, *Clunet*, 1905, p. 1087 ; cf. également : Trib. com. Anvers, 5 janvier 1912, *Clunet*, 1914, p. 631.

(2) Cour d'Appel d'Alexandrie, 22 décembre 1896, *Clunet*, 1905, p. 432 ; Trib. Rotterdam, 9 novembre 1911, *Clunet*, 1917, p. 299.

(3) Cour de Milan, 15 décembre 1879, Cour de Brescia, 1er août 1871, *Clunet*, 1884, p. 377 ; Cour de Cassation de Turin, 18 juillet 1908, *Clunet*, 1909, p. 563 ; Cour d'Alexandrie, 18 avril 1895, *Clunet*, 1905, p. 431.

(4) Article 6, alinéa 2 : « La production du jugement de faillite dans l'autre pays, donnera au syndic ou représentant de la masse, après toutefois que le juge-

droit de réclamer l'application de la faillite aux biens meubles et immeubles que le failli possède dans l'autre pays « après toutefois que le jugement aura été déclaré exécutoire ». Selon ce texte, le syndic ne peut faire aucun acte avant que le jugement ait été rendu exécutoire.

Une application stricte de l'article 6 alinéa 2 serait en contradiction avec les règles admises par le droit commun qui permet au syndic de prendre certaines mesures avant toute instance d'exequatur. Ces dispositions aggravent la situation et sont contraires à l'esprit de tout traité qui essaie plutôt de faciliter les relations entre deux ou plusieurs états dans un domaine bien déterminé. Une telle conception n'est pas acceptable et il ne faut pas s'en tenir au texte lui-même. Il est nécessaire de l'interpréter à la lumière du droit commun.

Une analyse plus approfondie des dispositions de la convention laisse deviner, d'ailleurs, que le texte est moins restrictif qu'il ne le semble tout d'abord. L'alinéa 3 du même article paraît en relation très étroite et complète l'alinéa 2. Les hypothèses envisagées par les rédacteurs du texte sont incontestablement des actes d'exécution puisque le syndic poursuit contre le débiteur le remboursement des créances et procède à la vente des biens meubles et immeubles du failli. Dans ce cas il est tout à fait normal que le jugement ait été rendu exécutoire. Mais il ne faut pas en déduire que toutes les autres activités du syndic soient subordonnées à la formalité préalable de l'exequatur. Comme le souligne le tribunal fédéral suisse, dans une décision rendue le 25 juin 1927, « privés de force exécutoire, les jugements étrangers jouissent cependant de plein droit, de l'autorité de la chose jugée » (1) par effet du traité franco-suisse. Une juste application de la convention suppose donc une distinction entre les actes d'exécution et les mesures conservatoires (2). Et cette solution a été admise par les jurisprudences suisse et française (3).

*b*) *Convention franco-belge du 8 juillet* 1899 :

L'article 8 du traité consacre son alinéa 2 à la règlementation des effets qui sont reconnus, dans chacun des états contractants, aux faillites prononcées dans l'autre (4). Comme la jurisprudence et la

---

ment aura été déclaré exécutoire, conformément aux règles établies dans l'article 16 ci-après, le droit de réclamer l'application de la faillite aux biens meubles et immeubles que le failli possèdera dans ce pays ».

Alinéa 3 : « En ce cas, le syndic pourra poursuivre contre le débiteur le remboursement des créances dues au failli ; il poursuivra également en se conformant aux lois du pays de leur situation, la vente des biens meubles et immeubles appartenant au failli ».

(1) Tribunal fédéral suisse, 25 juin 1927, *Journ. faillites*, 1929, article 6370, p. 211.

(2) Pillet, *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, p. 199 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. II, n° 11707.

(3) Tribunal fédéral suisse, 2 mars 1904, *Rev. dr. int. pr.*, 1905, p. 570, *Clunet*, 1906, p. 521 ; Chambéry, 18 mars 1885, *Clunet*, 1886, p. 82.

(4) Article 8, alinéa 2 : « Les effets de la faillite déclarée dans l'un des deux pays par le tribunal compétent, d'après les règles qui précèdent, s'étendent au territoire de l'autre. Le syndic ou curateur, peut, en conséquence, prendre toutes mesures conservatoires ou d'administration et exercer toutes actions comme représentant

doctrine dominantes il fait une distinction entre les actes d'exécution subordonnés à un exequatur et les autres actes (1). Sa rédaction est bien supérieure à celle du traité franco-suisse puisque les principes sont énoncés très clairement. Il suffit de les appliquer sans avoir à les interpréter.

L'article 8 du présent traité n'est cependant pas à l'abri de toute critique. Il ne précise pas le sens qui doit être donné au terme « actes d'exécution ». C'est une lacune grave car cette qualification est très importante. Elle doit permettre d'appliquer le traité conformément aux vœux et aux désirs des rédacteurs. Dans le silence des textes, il semble que cette définition doit être donnée par le pays de l'exécution du jugement (2). Ce procédé s'impose mais constitue, cependant, une solution de fortune contraire aux méthodes utilisées dans la plupart des conventions internationales. Généralement les auteurs du traité s'accordent sur un principe et définissent le sens et la portée donnés à ce principe. Cette lacune est d'autant plus regrettable que dans le traité les pouvoirs reconnus au syndic étranger sont plus larges, plus extensifs que ceux accordés par le droit commun. Il peut « prendre toutes mesures conservatoires ou d'administration et exercer toutes actions comme représentant du failli ou de la masse ». La deuxième membre de cette phrase demande certains éclaircissements. Les rédacteurs de la convention ont-ils envisagé l'ensemble des actions susceptibles d'être intentés ou seulement certaines actions ? La réponse est donnée par chaque pays signataire et il peut en résulter des divergences dans l'interprétation du texte. Selon le lieu d'exécution, les pouvoirs du syndic sont donc plus ou moins larges.

Ces inconvénients pratiques ont probablement été ressentis en Belgique puisque la convention hollando-belge du 28 mars 1925 a été rédigée avec plus de soins. L'article 21 alinéa 1er de ce traité reproduit l'article 8 alinéa 2 de la convention franco-belge. Mais, l'alinéa 2 de ce même article précise le sens qui doit être attribué au terme « actes d'exécution ». Cette qualification est peut-être différente de la définition donnée habituellement puisqu'elle fait une distinction entre la vente de meubles et la vente d'immeubles mais elle est énoncée très clairement (3).

---

du failli ou de la masse. Il ne peut, toutefois, procéder à des actes d'exécution qu'autant que le jugement en vertu duquel il a agi, a été revêtu de l'exequatur, conformément aux règles édictées par le titre II ci-après ».

(1) La Cour de Paris dans une décision du 2 mai 1962, *Gaz. Pal.*, 1962, 6-9 octobre a appliqué ce principe. Elle a décidé que la sentence arbitrale rendue en Belgique qui n'a pas été revêtue de l'exequatur ne permet pas de procéder à des actes d'exécution mais qu'elle constitue une preuve, et a même indépendamment de tout exequatur autorité de chose jugée, en vertu de l'article 15 du traité franco-belge du 8 juillet 1899.

(2) Niboyet, *Traité de droit international privé*, t. VI, 1949, p. 187, n° 1656.

(3) Article 21, alinéa 1er : « Les effets de la faillite déclarée dans l'un des deux pays, par le tribunal compétent en vertu de l'article 20 s'étendent au territoire de l'autre ».

Alinéa 2 : « Le syndic ou le curateur peut, en conséquence, prendre toutes mesures conservatoires ou d'administration, exercer toutes actions comme représentant du failli ou de la masse et vendre les biens meubles du failli. Il ne peut toutefois pro-

*c) Convention franco-italienne du 3 juin 1930.*

Les grands principes élaborés dans les traités précédents se retrouvent également dans cette convention. Les décisions régulièrement rendues en France ou en Italie sont, en principe efficaces de plein droit sur le territoire de l'autre état. Le syndic peut, avant toute instance d'exequatur, prendre toutes mesures conservatoires et exercer toutes actions en justice à condition que ce jugement ait l'autorité de la chose jugée conformément aux dispositions de l'article 1er du traité. En conséquence, la Cour de Cassation le 4 janvier 1958 a rendu un arrêt judicieux en refusant tout pouvoir au syndic désigné en Italie parce que « le jugement du tribunal de Gênes du 14 octobre 1949, invoqué par Candela (syndic) avait été rendu par défaut et que les délais d'opposition prévus par la loi italienne n'étaient pas écoulés » (1).

*d) Convention franco-monégasque du 13 septembre 1950.*

L'article 3 du traité fait également très nettement la distinction entre les actes d'exécution subordonnés à exequatur et les autres actes. L'alinéa 2 de cet article déclare que « le ou les syndics pourront, en conséquence de la décision qui les aura nommés, exercer dans les deux pays, toutes actions comme représentant du failli ou de la masse, et notamment requérir, des autorités de chacun des deux pays, toutes mesures provisoires ou conservatoires. Les mêmes pouvoirs appartiendront, au cas de liquidation judiciaire, au débiteur dûment assisté de son ou de ses liquidateurs ». Et l'alinéa 3 précise « toutefois, il ne pourra être procédé à des actes d'exécution qu'après exequatur de la décision qui aura déclaré la faillite ou la liquidation judiciaire ».

En se référant aux arguments proposés par la doctrine et la jurisprudence et confirmés par le droit conventionnel il semble donc normal que le syndic puisse accomplir certains actes avant toute décision d'exequatur. Certains auteurs et quelques décisions judiciaires ne se sont cependant pas rangés à cet avis.

### B. - Doctrine et jurisprudence dissidentes : le syndic étranger n'a aucun droit avant le jugement d'exequatur

#### I. — *La doctrine*

Avant d'analyser la position adoptée par la doctrine dissidente une précision initiale s'impose. Ces auteurs reconnaissent que les atténuations proposées par la doctrine dominante, admises par la jurisprudence dans on ensemble et consacrées par le droit conventionnel ont de grands avantages pratiques et sont parfois nécessaires. Ils doutent,

---

céder à des ventes d'immeubles ou à des actes d'exécution forcée qu'autant que le jugement déclaratif de faillite a été revêtu de l'exequatur conformément aux règles édictées par le titre II ci-après ».

(1) Cass. civ., 4 janvier 1958, *Clunet*, 1958, p. 1048, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1959, p. 741, *J.C.P.*, 1958.IV.21.

par contre, qu'elles soient justifiées juridiquement, qu'elles soient conformes aux principes. Cette constatation vaut surtout pour Pillet, Lyon-Caen et Renault. L'opinion de Travers est peut-être plus réticente (1).

La doctrine dissidente fait observer, en premier lieu, que les effets du jugement déclaratif de faillite sont indivisibles. Ils découlent tous directement ou indirectement du dessaisissement. En particulier, il est évident que la nomination du syndic et les pouvoirs qui lui sont reconnus sont étroitement liés à ce dessaisissement. Or la doctrine et la jurisprudence n'ont jamais envisagé que le débiteur failli puisse être dessaisi en France de l'administration de ses biens avant que la décision étrangère ait été rendue exécutoire. De ce fait, il serait logique de refuser toute possibilité d'action au représentant étranger de la masse et du failli. Si le principe n'est pas accepté, les effets, les conséquences de ce principe ne doivent pas être admis. La solution contraire semble cependant prévaloir. La doctrine et la jurisprudence dans leur ensemble font donc preuve d'une incohérence complète, d'un illogisme total.

Pillet fait également remarquer, en second lieu, « que le syndic est nommé par le jugement déclaratif et qu'il est contradictoire que les pouvoirs du syndic soient reconnus en France alors que le jugement d'où ils dérivent n'y a aucune existence ». Cet argument doit faire l'objet de réserves. Une décision étrangère ne peut pas produire tous ses effets sur notre territoire mais incontestablement il faut lui en reconnaître certains. Cette solution a été à juste titre proposée par la doctrine dominante. C'est une conséquence du principe général de l'efficacité internationale des droits. Elle a la force probante et elle est assortie de l'autorité de la chose jugée en vertu des conventions franco-suisse, franco-belge et franco-italienne.

Puis, après avoir essayé de montrer l'aspect paradoxal d'une telle situation, la doctrine dissidente réfute les justifications juridiques avancées par ses adversaires. Le jugement ne se limite pas à la constatation d'un fait. Son rayonnement, son champ d'application sont beaucoup plus grands. Il crée une situation nouvelle qui n'est pas la suite normale de l'état antérieur, mais qui s'oppose à celui-ci. Et Travers en déduit que l'interprétation de la décision est faussée si on en restreint les effets, et si on ne tient compte que d'une partie du jugement.

Cet auteur, en voulant rendre son véritable sens au jugement déclaratif de faillite, en s'employant à en montrer les différents aspects, a lui-même, semble-t-il, donné une version erronée de la thèse adverse. Celle-ci n'a jamais contesté cette dualité d'effets attachés au jugement. Il constate un fait, la cessation des paiements, et constitue un état nouveau caractérisé essentiellement par le dessaisissement du débiteur Les deux aspects se complètent mais il est possible de les envisager séparément, de s'en tenir aux conséquences entraînées par le premier sans pour autant violer le sens donné au second. En particulier, si le

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, nos 1252 et 1253 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. II, no 11575 ; Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, t. II, 1924, nos 776 et 779.

débiteur n'honore plus ses engagements, le syndic doit prendre certaines mesures conservatoires pour protéger les créanciers très rapidement, avant toute instance d'exequatur. Par contre, le failli ne peut être dessaisi de ses biens avant que la décision ait été rendue exécutoire. En définitive, la doctrine dominante n'a pas voulu restreindre la portée du jugement déclaratif de faillite, tronquer l'interprétation de celui-ci pour justifier sa position. Elle s'est attachée à l'un de ses éléments sans laisser supposer qu'il était le seul.

Pillet et Travers contestent également la qualité de mandataire du syndic. Pour le premier, le syndic est plutôt un arbitre qui essaie de maintenir un juste équilibre entre les intérêts de la masse et ceux du débiteur. Le second estime qu'il n'y a aucun caractère commun entre la nomination d'un syndic et la constitution d'un mandataire ordinaire. Le mandat est un contrat par lequel une partie donne à l'autre qui l'accepte, le pouvoir de la représenter pour l'accomplissement d'un ou de plusieurs actes juridiques. Et ce contrat suppose un acte de volonté émanant du mandant. En matière de faillite, le processus est très différent. Le failli ne choisit pas le syndic. Il est imposé par le tribunal. En conséquence, le jugement doit avoir été rendu exécutoire.

Ces deux thèses suscitent certaines critiques. D'une part, le caractère arbitral des fonctions de syndic est discutable. Les deux intérêts en présence ne sont pas d'importance égale. Il doit essentiellement sauvegarder les droits des créanciers déjà partiellement lésés et accessoirement faciliter le redressement du failli dans la mesure où cette solution ne porte par préjudice à la masse. L'équilibre est rompu puisque l'un des intérêts est prédominant par rapport à l'autre. Le syndic n'est pas un arbitre mais un représentant des deux parties. D'autre part, il semble que Travers ait encore mal interprété les décisions judiciaires qui reconnaissent la qualité de mandataire au syndic. Celles-ci ne l'ont jamais considéré comme un mandataire conventionnel. Les termes du jugement rendu par le tribunal civil de la Seine le 5 février 1870 sont très explicites : « Attendu, y est-il dit, que le jugement déclaratif de faillite n'a d'autre effet, que de dessaisir le failli étranger de l'administration de ses biens, et de lui substituer un mandataire légal » (1). Sa qualité de mandataire de justice ne l'empêche pas d'accomplir certains actes avant toute instance d'exequatur à condition qu'il ne mette pas en œuvre la force publique. La décision étrangère fait foi du mandat judiciaire donné au syndic.

Enfin, selon la doctrine dissidente, le jugement déclaratif de faillite n'est pas un acte de juridiction gracieuse et il ne se prononce pas sur la capacité du failli. Le débiteur peut contester l'action intentée contre lui. Dans ce cas, le jugement déclaratif de faillite est un acte de juridiction contentieuse. Aussi, le silence de celui-ci ne peut conférer à la décision le caractère d'un acte de juridiction gracieuse. Un tel jugement se contente « de donner une autorisation ou de constater authentiquement un fait ». Or selon Lyon-Caen et Renault, le jugement déclaratif de faillite ne poursuit aucun de ces deux desseins.

---

(1) Trib. civ. Seine, 5 février 1870, S., 1872.II.90, D., 1872.II.107.

Ces auteurs semblent avoir une conception assez spécieuse de la procédure de faillite. Le but principal du jugement n'est pas de se prononcer sur l'opportunité de la demande, de trancher un litige qui oppose le débiteur et ses créanciers. Il consacre et établit essentiellement une situation de fait, la cessation des paiements, et autorise le syndic à faire certains actes, à exercer certains droits, non pas à son profit, mais comme représentant du failli et de la masse. Et le débiteur lui-même peut demander sa mise en faillite. Le jugement déclaratif de faillite présente donc les principaux caractères de la décision gracieuse.

La dernière critique émise par Pillet, Lyon-Caen et Renault et déjà énoncée est plus fondée. Les incapacités qui frappent le débiteur failli ne tendent pas à le protéger. Les unes sont prises en vue de faciliter le déroulement de la procédure et de sauvegarder les intérêts des créanciers et le crédit public. Les autres telles que les déchéances d'ordre politique ou professionnel sont de véritables peines dont les effets sont limités au pays qui les a prononcées. De ce fait, la portée extraterritoriale de toutes ces mesures avant que le jugement ait été rendu exécutoire est très contestable.

Si quelques auteurs ont refusé tous pouvoirs au syndic étranger avant que le jugement déclaratif de faillite ait été déclaré exécutoire en France, quelques tribunaux se sont prononcés également en ce sens.

### II. — *La jurisprudence*

Plusieurs décisions judiciaires dénient tout droit d'agir en France au syndic étranger tant que le jugement déclaratif ait été exequaturé. Le tribunal civil de Montbéliard l'a affirmé d'une manière très explicite le 22 juillet 1898 (1). Il a estimé que le syndic étranger est sans qualité pour agir en justice au nom du failli devant les tribunaux français, tant que l'exequatur n'a pas été obtenu en France : « Attendu que la nécessité de l'exequatur fondée sur la souveraineté et l'indépendance de l'Etat, est essentiellement d'ordre public ». Les termes de cette décision ne sont pas assez nuancés. Certes, le jugement étranger n'a pas l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. On doit cependant lui reconnaître une certaine force probante. La qualité de syndic est établie et il peut intervenir devant les tribunaux français avant toute instance d'exequatur.

Certaines décisions se sont élevées également, à juste titre, contre l'assimilation erronée de la faillite et du statut personnel. La Cour de Paris a, le 22 décembre 1920 (2), très bien mis en évidence l'inexactitude d'une telle théorie. Elle déclare « que la faillite est une mesure relevant du régime des biens et ne touche qu'accessoirement à l'état des personnes ; que, d'ailleurs, dans le jugement déclaratif de faillite, il est impossible de distinguer entre les dispositions concernant les biens,

---

(1) Trib. civ. Montbéliard, 22 juillet 1898, *Journ. faillites*, 1900, article 3474, p. 383 ; en ce sens également : Paris, 31 janvier 1873, S., 1874.II.33 ; Chambéry, 18 mars 1885, *Clunet*, 1886, p. 82, *Gaz. Pal.*, 1885.II.133.

(2) Paris, 22 décembre 1920, *Clunet*, 1921, p. 183 ; en ce sens également : Paris, 26 juin 1912, *Clunet*, 1913, p. 580.

qui n'auraient effet, en France, qu'après exequatur, et les dispositions touchant la capacité du failli qui y seraient de plein droit applicables, que les unes et les autres constituent une décision indivisible».

En dépit de cette critique qui est fondée il faut, cependant, se ranges à l'opinion émise par la doctrine dominante et retenue par la jurisprudence dans son ensemble, ainsi que par le droit conventionnel. Le syndic étranger dispose de certains pouvoirs avant toute décision d'exequatur.

## CHAPITRE III

# LA MASSE DES CRÉANCIERS

Dès que le jugement déclaratif de faillite a été rendu, les créanciers du débiteur failli sont réunis en un groupement organisé qui prend le nom de masse et qui agit collectivement par son représentant, le syndic. Ils doivent se faire connaître et remettre au syndic leurs titres. Dans ce domaine, ce n'est plus l'extranéité du débiteur qui pose des problèmes, mais celle du créancier. D'une part, la détermination de la loi compétente pour régir les modes de preuve des créances produites fait apparaître un conflit entre la loi qui régit la créance et la *lex fori*. D'autre part, lorsque le créancier français produit à une faillite organisée à l'étranger il est important de déterminer exactement les conséquences qui découlent de cette production avant que le jugement étranger ait obtenu l'exequatur en France.

Puis, les titres remis par les créanciers sont vérifiés. Lorsque la créance résulte d'un contrat passé à l'étranger, quelle est la loi compétente pour statuer sur la réalité du titre ?

Enfin, lorsque cette procédure préparatoire est terminée, la masse des créanciers est définie. Sa constitution entraîne une double conséquence. D'une part, elle exerce une profonde influence sur les droits des créanciers qu'elle absorbe. Là encore, l'extranéité du créancier est la source de nombreuses difficultés et de nombreux conflits de lois. De plus, si la décision a été rendue à l'étranger, ses effets sont-ils perceptibles avant toute instance d'exequatur ? D'autre part, la masse exerce une action collective qui se manifeste essentiellement dans l'examen des actes accomplis par le débiteur à son détriment, et tout spécialement des actes par lesquels certains créanciers auraient tenté d'échapper au principe d'égalité. Mais, ces actes ont pu être accomplis à l'étranger, avec des étrangers, ou à propos de biens situés sur un territoire étranger. Il peut donc exister une compétence concurrente de la *lex fori* d'une part, de la loi nationale du débiteur failli, de la loi qui régit le contrat et de la *lex rei sitae*, d'autre part.

## Section I. — Constitution de la masse

La définition de la masse suppose deux opérations préliminaires. Le créancier produit à la faillite et sa demande est vérifiée.

## § 1. — PRODUCTION DES CRÉANCES

La loi du lieu d'ouverture de la faillite décide de toutes les obligations de forme auxquelles doivent se conformer les créanciers qui produisent à la faillite (1), puisqu'il s'agit d'une question de procédure. De ce fait, en France, les créanciers remettent leurs titres au syndic, avec un bordereau indicatif des pièces remises et des sommes demandées. En Belgique, les créanciers du failli sont tenus de déposer au greffe du tribunal de commerce la déclaration de leur créance avec leurs titres. Et cette déclaration est terminée par ces mots : « j'affirme que ma présente créance est sincère et véritable, ainsi Dieu me soit en aide » (2). En Allemagne, la déclaration doit contenir l'indication du montant et du motif de la créance ainsi que du privilège réclamé. Elle doit être présentée par écrit au tribunal ou faire l'objet d'un procès-verbal dressé au greffe. Il faut y joindre l'original ou une copie des actes probatoires (3). En Autriche, enfin, les créances doivent être produites auprès du tribunal du siège du juge commissaire. Et les créanciers qui ont un domicile ou une succursale à l'étranger doivent désigner un fondé de pouvoir habitant en Autriche, compétent pour recevoir la notification, sinon le juge commissaire doit en nommer un à leurs frais et à leurs risques et périls (4).

La loi de la faillite décide également s'il est nécessaire de traduire les titres rédigés en langue étrangère. En France, la jurisprudence se prononce en ce sens (5) afin de permettre au syndic de vérifier les détails consignés sur le bordereau.

Enfin, si le créancier est un étranger, la loi du lieu d'ouverture de la faillite détermine s'il doit fournir la caution *judicatum solvi* lorsqu'il produit, puisqu'il s'agit d'une question de procédure. En France, il ne semble pas que le créancier étranger doive se soumettre à cette obligation. L'article 16 du Code Civil subordonne la nécessité de donner caution à l'existence d'un procès. C'est une garantie qui assure le paiement des frais et des dommages-intérêts. Une simple production se présente comme une demande amiable et en cas de rejet le créancier ne supporte aucune condamnation. Cette institution ne rentre donc pas dans le cadre envisagé par le législateur (6).

Le domaine d'application de la *lex fori*, en cette matière, semble donc très vaste. Il ne faut cependant pas passer sous silence deux difficultés importantes. En premier lieu, la production peut être faite par un créancier étranger à une faillite déclarée en France. Il importe de déterminer la loi compétente pour régir les modes de preuve des créances produites. Le créancier peut également remettre à l'appui de sa production un jugement étranger non exequaturé. Faut-il reconnaître

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 5e éd., t. VIII, n° 1285.
(2) Articles 496 et 498 de la loi du 18 avril 1851 sur la faillite.
(3) Article 139 de l'ordonnance du 10 février 1877 sur la faillite.
(4) Article 104 de l'ordonnance du 10 décembre 1914 sur la faillite.
(5) Trib. com. Seine, 27 décembre 1888, *Clunet*, 1890, p. 113.
(6) Valery, *Manuel de droit international privé*, p. 1303, n° 4.

certains effets à cette décision ? En second lieu, la situation inverse peut se présenter. Un créancier français produit à une faillite déclarée à l'étranger. Quels effets importe-t-il d'attacher à cette production avant que la décision étrangère ait été rendue exécutoire sur notre territoire ?

### A. — Production à une faillite déclarée en France

#### 1° Preuve des droits allégués : conflit entre la loi qui régit la créance et la « lex fori »

Le créancier étranger qui produit en France se réfère à un contrat passé en dehors de notre territoire. Il a acquis son droit à l'étranger et la preuve des droits allégués se fait en observant les principes généraux du droit. « La forme extérieure des actes, comme leur mode de preuve, sont essentiellement réglés par les lois, usages et coutumes du pays où ils sont passés », précise la Cour de Cassation (1). De ce fait, les modes de preuve des créances produites sont régis par la loi du pays où elles ont pris naissance (2).

En fait, l'opération se déroule en deux temps. Il n'y a pas une compétence unique mais une dualité de compétence. La loi qui régit la créance se prononce sur l'admissibilité des modes de preuve et la *lex fori* sur leur administration, puisqu'il s'agit d'un problème de procédure. Ainsi, en France, la preuve testimoniale n'est pas admise au-dessus de 50 francs. Dans un autre pays, la somme limite peut être plus élevée. En conséquence, un créancier étranger peut recourir à ce mode de preuve pour fonder l'existence d'une créance découlant d'un contrat passé dans ce pays (3). Mais l'audition des témoins doit se dérouler selon la loi française (4).

En dehors des modes de preuve traditionnels, le créancier peut également remettre une décision étrangère à l'appui de sa production. Doit-elle être acceptée avant toute instance d'exequatur ?

#### 2° Portée d'une décision étrangère remise à l'appui d'une production : portée de la production avant toute instance d'exequatur

Ce problème a été étudié par la jurisprudence et tout particulièrement par la Cour de Paris dans un arrêt du 24 novembre 1893 et la Cour de Douai dans une décision du 1er mai 1903 (5). Toutes les deux ont estimé que les jugements étrangers ne peuvent servir de base à une demande en admission avant qu'ils aient été rendus exécutoires. Les arguments avancés par la Cour de Paris méritent une analyse minutieuse car il

(1) Cass. civ., 14 juin 1899, S., 1900.I.225.

(2) Pillet, *op. cit.*, t. II, n° 783 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1285 ; Travers, *Le droit commercial international*, Vol. VII, fasc. I, n° 11302.

(3) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1285.

(4) Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11303.

(5) Paris, 24 novembre 1893, *Clunet*, 1894, p. 131 ; Douai, 1er mai 1903, *Clunet*, 1904, p. 388.

semble que cette juridiction ait fait certaines confusions. Elle déclare tout d'abord « que la question n'est pas de savoir si les syndics de la faillite Vallet étaient tenus ou non de recevoir matériellement la production des dits appelants, mais s'ils pouvaient en apprécier le bien fondé ». Elle poursuit en précisant « que l'admission à une faillite ayant pour résultat de faire rentrer le créancier produisant dans une partie de ses créances, est une véritable exécution du titre dont il se prévaut, et la seule exécution possible en raison de l'état de faillite ».

Cette décision ne fait pas une différence suffisante entre les différentes étapes nécessaires à la détermination du passif. Dans la phase initiale, on recherche les créanciers du failli. Ceux-ci doivent se faire connaître et ils disposent d'un laps de temps assez court pour remettre leurs titres au syndic : quinze jours après la parution de l'insertion au bulletin officiel du registre du commerce pour les nationaux, un mois pour les étrangers. S'il ne font pas diligence dans les délais qui leur sont reconnus, ils ne sont pas compris dans les répartitions à faire. Seule la voie de l'opposition leur ait alors ouverte. Or l'exequatur est une procédure longue. Cette décision peut ne pas être rendue au moment de la déclaration de faillite. Les créanciers qui fondent leur demande sur une décision étrangère ne peuvent pas produire dans le temps prévu. Pour leur éviter d'être lésés il faut trouver un moyen terme. Dans cette affaire, les appelants l'avaient trouvé en précisant « qu'en demandant leur admission à la faillite ils ne poursuivent pas l'exécution en France d'un jugement et d'arrêts rendus en pays étranger, et soumis pour leur exécution en France, à la formalité de l'exequatur, mais qu'ils revendiquent simplement le droit commun qui appartient à tout créancier muni d'un titre, même sous seing privé, de produire à une faillite ». Les juges devaient admettre ce motif, et en déduire les conséquences qui s'imposaient. Toute décision étrangère, non exequaturée, produit certains effets. Elle n'a pas l'autorité de la chose jugée, en l'absence de convention, et la force exécutoire, mais elle constitue un élément de fait dont il faut tenir compte et elle a une certaine force probante. En conséquence, le jugement étranger devait servir de pièce justificative de la production et ce rôle ne pouvait pas être contesté puisqu'en matière commerciale l'organisation des preuves est dépourvue de tout formalisme.

Mais après cette phase préliminaire de la production, les créances sont vérifiées et en l'absence de contestation elles sont admises. A ce stade, les réserves émises par la Cour de Paris peuvent se concevoir. En effet la décision d'admission a un caractère irrévocable. Elle met la créance à l'abri de toute contestation tendant à l'anéantir, à la réduire ou à la modifier. Elle équivaut, en quelque sorte, à un acte d'exécution. De ce fait, il est normal de n'admettre définitivement la créance que lorsque la décision étrangère a été exequaturée.

Il est possible, toutefois, de trouver une solution intermédiaire qui ménagerait les intérêts de celui qui produit et des autres créanciers. Ce serait une admission conditionnelle subordonnée à la décision d'exequatur. Le créancier qui s'appuierait sur un jugement étranger pourrait utiliser les procédés normaux de production, mais ne percevrait des divi-

dendes que lorsque la décision aurait été rendue exécutoire. La Cour de Paris devait donc admettre la production et faire des réserves sur l'admission.

Il ne faut pas pour autant préconiser la solution adoptée par le tribunal de commerce de Tournai le 7 janvier 1905 (1). Cette juridiction tombe dans l'excès contraire. Elle ne fait pas dépendre, à bon droit, la production de la décision d'exequatur. Mais elle va ensuite trop loin lorsqu'elle déclare que « la loi, en matière de vérification et d'admission d'une créance, figurant au passif d'une faillite, a établi une procédure particulière (art. 498-500 et 501 de la loi sur les faillites), rapide et peut coûteuse, qu'elle n'oblige pas le poursuivant à justifier sa créance par des titres rigoureusement probants ». Comme nous l'avons déjà signalé, l'admission de la créance permet au créancier de percevoir une partie des sommes qui lui sont dues au moment de la répartition de l'actif du failli. L'admission présente les caractères d'un acte d'exécution et la décision étrangère doit avoir obtenu l'exequatur pour produire tous ses effets.

Si la production faite par un créancier étranger à une faillite française pose certains problèmes, des difficultés surgissent également lorsqu'un créancier français produit à une faillite déclarée à l'étranger. En particulier faut-il en tirer certaines conséquences avant que la décision étrangère ait été rendue exécutoire sur notre territoire ?

### B. — Production à une faillite déclarée à l'étranger : conséquences produites avant toute décision d'exequatur

Une simple production faite à une faillite étrangère interdit-elle au créancier de se prévaloir de ses droits individuels sur les biens du failli situés sur notre territoire avant que la décision étrangère ait été rendue exécutoire ? Renonce-t-il à en contester les effets en France ? La doctrine et la jurisprudence ne l'ont jamais admis (2).

Les arguments avancés par les auteurs et les juges pour fonder leur refus sont sensiblement identiques. Ils se réfèrent tous, tout d'abord, aux articles 2123 du code civil et 546 du code de procédure civile pour rappeler que les « jugements rendus en pays étrangers n'ont en France, à l'égard des français, à moins de traités diplomatiques, ni force exécutoire, ni autorité de chose jugée ». Puis, ils soulignent « qu'il est impossible de poser en thèse générale que le seul fait de produire à une faillite étrangère ait pour effet de faire naître forcément entre lui (celui qui produit) et les représentants de cette faillite un contrat judiciaire entraînant de sa part renonciation à son droit individuel sur les biens de son débiteur situés en France ; qu'il y a, comme pour la formation

---

(1) Trib. com. Tournai, 7 janvier 1905, *Pand. per. Belges*, 1905, n° 128, décision relatée par Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, p. 264, note 1.

(2) Lyon-Caen, note sous Cass. civ., 26 juin 1905, S., 1905.I.433 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. II, n$^{os}$ 11587 et 11585 ; Trib. civ. Charleville, 20 mai 1890, *Clunet*, 1891, p. 525 ; Trib. civ. Seine, 15 juillet 1904, *Clunet*, 1905, p. 200 ; Paris, 1$^{er}$ juin 1906, *Clunet*, 1907, p. 135 ; Trib. civ. Seine, 9 novembre 1912, *Clunet*, 1913, p. 1240.

de tout contrat, une question d'intention qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier» (1). Et Lyon-Caen donne des précisions supplémentaires. Dans la mesure où les juges ont admis qu'il existait un contrat judiciaire, il ne faut pas en tenir compte avant que la décision ait été rendue exécutoire. « On ne peut parler d'admission à une faillite et des conséquences qui s'y rattachent qu'autant que la faillite dont il s'agit existe en France et y produit ses effets». Cette justification n'est peut être pas assez nuancée. Comme nous l'avons déjà, plusieurs fois, souligné, une décision non exequaturée ne produit pas tous ses effets sur notre territoire, mais elle en produit certains.

En réalité, la production faite par le créancier français à la faillite étrangère présente les caractères d'une mesure conservatoire. Les biens du débiteur situés en France n'ont peut-être pas une valeur sensiblement égale au montant de la créance. Pour percevoir des dividendes provenant de la réalisation de l'actif situé à l'étranger, le créancier doit produire à la faillite étrangère. Mais rien ne prouve qu'il renonce à l'exercice de ses droits individuels en France.

Et même, s'il est possible d'admettre que le créancier qui produit adhère à la faillite étrangère, la conception française de l'exequatur s'oppose à ce qu'il soit privé de toute possibilité d'action individuelle sur notre territoire. Cette procédure poursuit un double but. Elle tend en premier lieu, à protéger les intérêts des nationaux des effets d'une décision étrangère qui sont peut-être contraires à l'ordre public français. Elle confère en second lieu au jugement étranger la force exécutoire puisqu'elle ne peut être accordée que par la souveraineté française. Et c'est là son but principal.

Le créancier peut renoncer à cette protection et accepter les limitations apportées à ses droits avant tout examen de la décision étrangère par les juges français. Mais ces restrictions résultent implicitement du dessaisissement du débiteur. Le créancier ne peut plus exercer individuellement ses droits sur les biens du débiteur situés en France parce que celui-ci est dessaisi. Or le dessaisissement est un acte d'exécution qui ne peut produire des effets France avant que la décision étrangère ait été rendue exécutoire. En conséquence, même s'il accepte le principe, le créancier ne peut pas être privé de l'exercice de ses droits individuels avant toute instance d'exequatur.

Il ne suffit pas, cependant, de résoudre les problèmes posés par la production des créances. La vérification de ces mêmes créances oblige, dans certaines hypothèses, à régler un conflit qui oppose la loi qui régit le contrat d'une part, et la *lex fori*, d'autre part.

## § 2. — VÉRIFICATION DES CRÉANCES : CONFLIT ENTRE LA LOI QUI RÉGIT LE CONTRAT ET LA « *LEX FORI* »

A cette phase de la procédure, il faut essentiellement statuer sur l'existence de la créance. Il importe de déterminer si elle est nulle,

(1) Trib. civ. Seine, 9 novembre 1912, *Clunet*, 1913, p. 1240.

annulable ou révocable. Lorsque la créance résulte d'un contrat passé à l'étranger, si elle a une base contractuelle, quelle est la loi compétente pour se prononcer sur la réalité du titre produit ? Il est nécessaire de choisir entre la loi du pays où la faillite a été prononcée et la loi qui régit le contrat. En ce domaine, seule la loi qui régit les effets du contrat doit s'appliquer conformément aux dispositions générales du droit international privé (1).

Mais lorsque l'existence de la créance est établie, il faut préciser le rang qui va être accordé à cette créance, et se prononcer sur les droits de préférence qui vont être invoqués en se référant à certaines créances. Il n'y a plus alors une compétence législative unique, mais une dualité de compétence. L'opération se déroule en deux temps. En premier lieu, il est nécessaire de se reporter au contrat lui-même, il faut l'analyser afin de rechercher s'il consacre un droit de préférence. Et cette investigation se fait à la lumière de la loi qui régit le contrat. En second lieu, lorsque le droit de préférence a été établi, la loi de la faillite précise s'il peut être invoqué vis-à-vis de l'ensemble des créanciers.

Lorsque cette procédure de vérification est terminée, la masse des créanciers est définie (2). Cette constitution exerce une profonde influence sur les droits individuels des créanciers qu'elle absorbe.

## Section II. — Effets de la constitution de la masse sur les droits des créanciers

La prononciation de la faillite d'un débiteur produit plusieurs conséquences très importantes. Les créances dues par le failli en monnaies étrangères sont converties, au jour de la déclaration de faillite, en monaie locale. Le cours des intérêts à la charge du failli est arrêté. Les dettes non encore échues deviennent exigibles. Les poursuites individuelles sont suspendues. La masse se voit attribuer un droit de sûreté générale. Enfin, certaines législations attribuent un droit de préférence à la masse locale ou aux créanciers nationaux.

---

(1) Rolin, « Des conflits de lois en matière de faillite », *Académie de droit international, Recueil des cours*, 1926, IV, p. 91.

(2) Sur la composition de la masse, cf. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5e éd. par Roblot, n° 2877, p. 361.

## § 1. — CONVERSION AU JOUR DE LA DÉCLARATION DE FAILLITE DES CRÉANCES DUES PAR LE FAILLI EN MONNAIES ÉTRANGÈRES. LE PRINCIPE EST-IL LE MÊME LORSQUE LE DÉBITEUR EST CRÉANCIER DE SOMMES DÉTERMINÉES EN MONNAIES ÉTRANGÈRES ? CONFLIT ENTRE LA « LEX FORI » ET LES PRINCIPES DU DROIT COMMUN.

C'est au jour du jugement déclaratif qu'il convient de se placer pour fixer le montant de chaque créance. C'est à cette date qu'il faut se reporter pour convertir en francs une créance libellée en monnaie étrangère. Ce principe a été établi par l'article 14 alinéa 1er de l'ordonnance autrichienne du 10 décembre 1914 sur la faillite (1) et admis par les jurisprudences belge et française (2). Cette solution se conçoit et se justifie très aisément. Une des opérations les plus urgentes de la procédure de faillite est la détermination définitive du passif. Il faut évaluer le montant des sommes dues par le failli afin de procéder à la répartition de l'actif. Ce but ne serait pas atteint s'il était nécessaire de tenir compte des cours de change au moment des divers paiements. De plus, ce système irait à l'encontre du grand principe d'égalité entre créanciers qui domine toute l'institution de la faillite. L'organisation de cette mesure est parfois très longue. Il s'écoule dans certaines affaires plusieurs mois ou plusieurs années entre le moment où le jugement déclaratif de faillite est rendu et l'époque à laquelle les créanciers perçoivent des dividendes. Dans la mesure où la monnaie française se serait plus ou moins dévaluée durant ce laps de temps, l'ensemble des créanciers seraient lésés par rapport à ceux qui produiraient une créance libellée en monnaie étrangère.

Mais la situation inverse se rencontre également. Le débiteur peut être créancier de sommes déterminées en monnaies étrangères. Il y a alors conflit entre la loi qui régit la faillite d'une part, qui exige la conversion des sommes au jour de la déclaration de faillite et le droit commun. Dans cette hypothèse, il semble que la conversion doive se faire selon les principes généraux du droit. L'intérêt des créan-

---

(1) Article 14, alinéa 1er, de l'ordonnance autrichienne du 10 décembre 1914 : « Les créances qui ne consistent pas dans une somme d'argent ou dont le montant est indéterminé ou n'est pas fixé en monnaie nationale doivent être exercées d'après leur valeur d'évaluation en monnaie nationale à l'époque de l'ouverture de la faillite ».

(2) Jurisprudence belge : Cour de Bruxelles, 30 décembre 1931, *Jur. com. Bruxelles*, 1933, p. 206 ; Gand, 16 mai 1929, *Jur. com. des Flandres*, 1929, p. 231 ; Trib. com. Anvers, 8 novembre 1926, *Jur. du port d'Anvers*, 1926, p. 543 ; Trib. com. Bruxelles, 26 novembre 1927, *Jur. com. de Bruxelles*, 1927, p. 420 ; Trib. com. Bruxelles, 29 novembre 1919, *Jur. com. de Bruxelles*, 1920, p. 75 ; Trib. com. Gand, 17 novembre 1923, *Pand. per.*, 1924, n° 59 ; Trib. com. Liège, 30 octobre 1919, *Jur. de la Cour de Liège*, 1919, p. 366, analysés par Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, notes 1, 2, 3, 4, p. 328, 1, 2, 3, p. 329.

Jurisprudence française : Cass. civ., 17 novembre 1930, D.H., 1931, p. 37 ; Douai, 7 décembre 1933, *Gaz. Pal.*, 1934.I.381 ; Paris, 7 février 1925, *Clunet*, 1926, p. 391 ; Trib. com. Seine, 12 décembre 1923, *Gaz. Pal.*, 1924.I.233 ; Trib. com. Seine, 10 décembre 1923, *Gaz. Pal.*, 1924.I.382.

ciers n'est pas en jeu. Quelque soit l'époque à laquelle la conversion s'opère, ils percevront tous un dividende égal.

La Cour Supérieure de justice de Luxembourg a envisagé cette question le 2 mars 1923. Elle n'a pas accepté de compenser le solde de deux comptes courants, l'un dû par le failli en francs luxembourgeois, l'autre à sa charge en marks au motif que « leurs soldes respectifs ont cependant conservé leur nature propre (1).

Si la déclaration de faillite nécessite la conversion au jour de la déclaration des créances dues par le failli en monnaies étrangères elle arrête également le cours des intérêts.

## § 2. — ARRET DU COURS DES INTÉRETS : CONFLIT ENTRE LA LOI QUI RÉGIT LE CONTRAT ET LA « *LEX FORI* »

Aux termes de l'article 476 du Code de Commerce français, le juge ment arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilège spécial, par un nantissement ou par une hypothèque. Ce principe semble général puisqu'il se retrouve dans la plupart des législations (2).

Il ne faut pas cependant passer sous silence le conflit qui peut opposer la loi de la faillite d'une part,et la loi qui régit le contrat d'autre part. Dans cette hypothèse, seule la loi de la faillite doit être compétente Cette solution découle du but poursuivi par l'institution de la faillite. Elle veut assurer une répartition équitable des biens du failli entre tous les créanciers. Si le cours des intérêts n'est pas arrêté, ceux-ci percevront des sommes qui varieront en fonction de l'importance de la créance et les intérêts ne s'arrêteront pas de courir à la même date. Il existera donc une inégalité entre les créanciers qu'il faut absolument éviter (3).

Mais si le jugement déclaratif de faillite a été rendu à l'étranger et n'a pas obtenu l'exequatur en France, les créanciers chirographaires français peuvent-ils continuer à percevoir des intérêts ? Il faut répondre

---

(1) Cour Supérieure de justice de Luxembourg, 2 mars 1923, *Pas. Luxembourg*, 1921-1929, t. XI, 136, décision relatée par Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, p. 340, note 2.

(2) Article 63, alinéa 1er, de l'ordonnance allemande du 10 février 1877 sur la faillite : « On ne peut faire valoir dans la procédure de faillite, les intérêts en cours depuis l'ouverture de la faillite ».

— Article 57, alinéa 1er, de l'ordonnance autrichienne du 10 décembre 1914 sur la faillite rédigé pratiquement de la même manière que l'article 63, alinéa 1er, de l'ordonnance allemande ;

— Article 451 de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 « à compter du jugement déclaratif de la faillite, le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilège, un nantissement ou par une hypothèque, est arrêté à l'égard de la masse seulement » ;

— Article 33, alinéa 8, de la loi anglaise sur la faillite du 10 août 1914 ;

— Article 884 du Code de commerce espagnol ;

— Article 117 de la loi argentine du 27 septembre 1933.

(3) Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de droit international privé*, 4e éd., n° 522, p. 651 ; Travers, *Le droit commercial international*, Vol. VII, fasc. I, n° 11371.

affirmativement (1), puisque l'arrêt du cours des intérêts ne peut s'analyser en une mesure conservatoire.

Cette solution semble cependant contraire au principe d'égalité qui se retrouve dans toute la faillite. Les créanciers français sont favorisés par rapport aux créanciers étrangers. Mais ici l'intérêt général prime l'intérêt particulier. L'Etat français ne peut pas tolérer qu'une souveraineté étrangère rende exécutoire en France un jugement étranger.

La déclaration de faillite produit également une troisième conséquence. Elle rend exigible les dettes à terme dues par le failli.

## § 3. — EXIGIBILITÉ DES DETTES A TERME DUES PAR LE FAILLI : CONFLIT ENTRE LA « *LEX FORI* » ET LA LOI DE LA FAILLITE DU PAYS OU LA DETTE A ÉTÉ CONTRACTÉE ; ENTRE LA « *LEX FORI* » ET LA LOI DU SIÈGE SOCIAL D'UNE PERSONNE MORALE.

L'exigibilité des dettes à terme est admise par toutes les législations comme l'un des effets de la déclaration de faillite (2). Mais les lois qui s'accordent pour admettre l'exigibilité des dettes à terme diffèrent en ce que les unes, comme le code de commerce français, reconnaissent aux créanciers à terme le droit de se présenter pour le montant de leurs créances sans déduction, tandis que les autres soumettent les créances devenues exigibles à des déductions dont le mode de calcul varie selon les pays. Il y a entente entre les différents législateurs sur le principe même de l'exigibilité mais les applications pratiques sont divergentes. Certaines lois n'imposent le paiement anticipé des dettes du failli que sous réserve d'un escompte si elles n'étaient pas productives d'intérêt (3). Cette disposition a été prévue, semble-t-il,

---

(1) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, 5e éd., t. VIII, n° 1246 ; PONSARD, *Jur. class. dr. int.*, Vol. V, fasc. 568, n° 62.

(2) Article 65, alinéa 1er, de l'ordonnance allemande du 10 février 1877 sur la faillite : « Les créances non encore échues sont considérées comme échues » ;

— Article 14, alinéa 2, de l'ordonnance autrichienne du 10 décembre 1914 rédigé dans les mêmes termes ;

— Article 450, alinéa 1er, de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 : « Le jugement déclaratif de la faillite rend exigible, à l'égard du failli, les dettes passives non échues si le failli est le souscripteur d'un billet à ordre, l'accepteur d'une lettre de change, ou le tireur à défaut d'acceptation, les autres obligés seront tenus de donner caution pour le paiement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immédiatement » ;

— Article 475, alinéa 1er, du Code de commerce français ;

— Article 883 du Code de commerce espagnol.

(3) Article 450, alinéa 2, de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 : « Toutefois, les dettes non échues et ne portant pas intérêt, dont le terme serait éloigné de plus d'une année, ne seront admises au passif que sous déduction de l'intérêt légal calculé depuis le jugement déclaratif jusqu'à l'échéance » ;

— Article 14, alinéa 3, de l'ordonnance autrichienne du 10 décembre 1914 sur la faillite et article 65, alinéa 2, de l'ordonnance allemande du 10 février 1877 sur la faillite rédigés dans les mêmes termes : « Les créances non encore échues et ne portant pas intérêt ne peuvent être exercées que pour le montant qui, en y ajoutant les intérêts légaux pour la période comprise entre l'ouverture de la faillite et

dans un souci d'équité (1). Très souvent, le créancier qui a consenti de longs délais de paiement sans intérêt, a fixé un prix plus élevé. Cette mesure cherche à favoriser et le débiteur et le créancier. Si la dette à terme devient exigible au moment de la déclaration de faillite, le créancier perçoit indirectement des intérêts. Il est favorisé par rapport à ceux qui possèdent une créance portant intérêt puisque le jugement déclaratif de faillite arrête leur cours. Aussi les déductions prévues dans les législations belge, allemande et espagnole répondent au désir du législateur qui veut maintenir une certaine égalité entre tous les créanciers.

En conséquence, si, par exemple, la dette à terme produite à la faillite française a été contractée en Belgique, faut-il en déduire l'intérêt légal calculé depuis le jugement déclaratif jusqu'à l'échéance dans la mesure où le terme serait éloigné de plus d'une année ? A *priori* il serait normal de procéder ainsi. Cette façon d'agir serait tout à fait conforme à l'une des grandes règles de la faillite. Toutefois, avant de se prononcer définitivement il faut rechercher les raisons principales de l'exigibilité des créances à terme. Elle découle essentiellement du fait que le débiteur ne mérite plus la confiance que lui avaient témoignée les créanciers et qu'il est urgent de fixer avec précision et très vite la situation exacte du failli. La déchéance du terme assure une liquidation très rapide. Or dans la mesure où il faut tenir compte des dispositions des lois étrangères, on va à l'encontre de ce but. Il faudrait rechercher les modes de calcul prévus par les différentes législations. Le procédé retarderait la liquidation. De plus, l'inégalité n'est pas aussi conséquente qu'elle le semble à première vue. En matière commerciale, le crédit consenti n'est jamais très long. Le créancier ne peut donc pas modifier considérablement le montant de la créance. Enfin, même si ces déductions étaient appliquées, il subsisterait toujours une certaine inégalité puisque les modes de calcul varient selon les Etats. En définitive, il est donc préférable d'appliquer la loi qui a organisé la faillite (2).

La situation inverse se rencontre également. La faillite a été prononcée par un tribunal étranger et le jugement déclaratif n'a pas encore reçu l'exequatur en France. Généralement on admet que la décision étrangère ne rend pas les dettes du failli exigibles. Il peut opposer le bénéfice du terme aux créanciers qui le poursuivent sans délai devant les tribunaux français.

Enfin, lorsque le débiteur n'est plus une personne physique mais une personne morale, les dettes de la société qui a émis des obligations deviennent exigibles au cas de faillite de celle-ci. L'obligataire doit

---

l'échéance, est égal à son plein montant » (en d'autres termes, on doit déduire de leur montant nominal une somme équivalente aux intérêts légaux) ;

— Article 883, alinéa 2, du Code de commerce espagnol « si le paiement est effectué avant l'époque fixée dans l'obligation, il sera fait un escompte correspondant ».

(1) Frederico, *Traité de droit commercial belge*, 1949, t. VII, n° 160, p. 286.

(2) Rolin, *op. cit.*, p. 72 et 73 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1281 ; Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de droit international privé*, 4e éd., n° 522.

produire à la faillite. Mais une difficulté surgit immédiatement puisque les différents systèmes juridiques ne prévoient pas un taux de production identique. Les uns se prononcent en faveur du taux de l'émission, les autres, comme le système français, choisissent un taux intermédiaire situé entre le taux d'émission et le taux de remboursement. En conséquence, lorsqu'un porteur d'obligation étranger produit à une faillite française, quelle est loi compétente pour déterminer le taux de production ? Il faut choisir entre la loi du siège social et la *lex fori*. Dans la solution donnée, il ne faut pas oublier que les obligataires sont des créanciers d'une nature particulière. Ils sont enchaînés à la société pour la durée du prêt qu'ils lui ont consenti. Ils sont liés à la fortune de leur débiteur. Si celui-ci fait de mauvaises affaires ils en supportent les conséquences. De ce fait, il semble donc normal de demander à la loi du siège social de préciser le montant de leur production (1).

Parmi les effets découlant de la constitution de la masse, il faut également souligner la suspension des poursuites individuelles.

## § 4. — SUSPENSION DES POURSUITES INDIVIDUELLES

Cet effet est admis dans la plupart des législations (2). Ces dispositions rentrent dans le cadre des règles constitutives de l'organisation de la faillite. Le syndic centralise, pour le compte de la masse, les poursuites qui appartenaient antérieurement aux créanciers. Cette mesure tend essentiellement à interdire aux créanciers d'agir en ordre dispersé contre le débiteur pour le recouvrement de leurs créances quand l'action du syndic suffit. Le législateur veut avant tout éviter des procédures multiples qui peuvent favoriser certains créanciers et gêner le syndic dans son administration et lors de la liquidation. Un règlement rapide et une répartition équitable de l'actif du débiteur entre les différents créanciers suppose une centralisation des actions entre les mains du syndic. De ce fait, seule la *lex fori* doit organiser cette suspension des poursuites individuelles (3).

Une double difficulté apparaît cependant. En premier lieu, une telle mesure organisée en France doit prolonger ses effets sur les biens du débiteur situés à l'étranger. Les créanciers ne doivent pas pouvoir intenter des actions individuelles sur ces biens. Les dispositions particulières du droit anglais et autrichien d'une part, du droit allemand d'autre part, sont toutefois la source de nombreux problèmes. En second lieu, la faillite a pu être déclarée en dehors du territoire français. La suspension des poursuites individuelles doit-elle s'appliquer en France avant toute instance d'exequatur ?

---

(1) Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 374 *bis*.

(2) Articles 10 et 14 de l'ordonnance allemande sur la faillite du 10 février 1877 ;
— Articles 452 à 454 de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 ;
— Articles 7-1°, 9-1° et 40 de la loi anglaise sur la faillite du 10 août 1914 ;
— Article 206 de la loi fédérale suisse du 11 avril 1889.

(3) Travers, *op. cit.*, fasc. I, Vol. VII, n° 11369 ; Surville et Arthuys, *op. cit.*, n° 522, p. 651.

### I. — *La suspension des poursuites individuelles organisée en France et les effets à l'étranger : conflit entre la « lex fori » et la « lex rei sitae »*

En règle générale, la faillite étrangère ne produit aucun effet sur les immeubles situés en Angleterre ou en Autriche. Il faut en déduire immédiatement que les créanciers peuvent toujours exercer des poursuites individuelles sur ces immeubles. Mais la solution est-elle la même dans la situation inverse ? La faillite a pu, par exemple, être prononcée en Angleterre ou en Autriche. Dans la mesure où le débiteur étranger possède des immeubles en France, faut-il tolérer que les créanciers puissent intenter des actions individuelles sur ces immeubles ? Avant de se prononcer il est préférable de replacer les deux aspects du problème dans leur contexte. L'attitude du législateur anglais ou autrichien est avant tout un réflexe de défense de la propriété immobilière. C'est une disposition d'ordre public qui ne peut pas être violée. Le législateur français réagit d'une façon très différente. Il ne s'oppose aux effets que la faillite étrangère peut avoir sur les biens immobiliers situés sur notre territoire. En conséquence, la faillite déclarée en Angleterre doit entraîner la suspension des poursuites individuelles en France, si, du moins, le législateur anglais n'exclut pas cet effet extraterritorial (1).

Les dispositions de la loi allemande font naître également des difficultés dans un domaine différent. L'article 1er alinéa 1er de l'ordonnance allemande du 10 février 1877 sur la faillite déclare que « la procédure de faillite porte sur l'ensemble des biens soumis à exécution forcée que le failli possède lors de l'ouverture de la procédure ». Et l'article 14 alinéa 1er de la même ordonnance en déduit que « pendant la durée de la procédure de faillite, on ne peut opérer de saisie ou d'exécution forcée au profit de certains créanciers de la faillite ni sur les biens qui font partie de la masse de la faillite, ni sur les autres biens du failli ». L'analyse de ces deux articles laisse supposer que les créanciers dont les créances sont nées après la déclaration de la faillite peuvent exercer des actions individuelles sur les biens qui seront échus par la suite au débiteur par succession ou donation. De ce fait si une faillite prononcée en France veut produire certains effets en Allemagne il faudra tenir compte des dispositions de l'ordonnance allemande du 10 février 1877. En revanche, lorsque la faillite a été déclarée en Allemagne et est susceptible d'avoir des conséquences sur des biens situés en France, quelle est la loi compétente pour déterminer si le droit de poursuite individuelle des créanciers est ou n'est pas suspendu ? Lyon-Caen et Renault (2) estiment que c'est un problème d'exécution. Il faut le résoudre en se référant à la loi française, *lex rei sitae*. Rolin (3) est plus hésitant et sa réserve est très compréhensible. Cette question est étroitement liée à la notion de dessaisissement. L'application de

(1) Rolin, « Des conflits de lois en matière de faillite », *Académie de droit international, Recueil des cours*, 1926, IV, p. 87.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1280.

(3) Rolin, *op. cit.*, p. 88.

la loi allemande limite indirectement l'étendue du dessaisissement qui résulte de la faillite française. Cet effet peut être admis avec difficulté mais juridiquement il se justifie puisque la *lex rei sitae* a un rôle essentiellement négatif.

Dans l'hypothèse inverse, la loi française, *lex rei sitae*, étend indirectement le champ d'application du dessaisissement. Elle est plus extensive que la loi allemande, loi de la faillite. Elle joue un rôle positif difficilement concevable sur le plan juridique.

Mais tous ces effets peuvent se produire lorsque la décision étrangère a obtenu l'exequatur. En est-il de même avant toute instance d'exequatur ?

### II. — *La suspension des poursuites individuelles avant toute instance d'exequatur* ?

La doctrine et la jurisprudence dans leur ensemble admettent la possibilité pour les créanciers d'intenter en France des poursuites individuelles et de pratiquer des saisies des biens du débiteur dont la faillite a été prononcée à l'étranger avant que la décision ait été rendue exécutoire sur notre territoire (1). Et le tribunal de commerce de Marseille, dans une décision du 15 novembre 1901, se montre même plus intransigeant que les autres juridictions qui ont examiné ce problème. Il estime que l'instance en exequatur du jugement étranger ne suspend pas le cours d'une instance formée en France contre le failli étranger afin d'obtenir le paiement d'une lettre de change. Un sursis ne peut être accordé sur la demande du syndic étranger, puisqu'il s'agit d'une dette pour laquelle un délai de grâce n'est pas possible.

Cependant, il est possible de déceler quelques opinions divergentes au sein de la doctrine (2) et de la jurisprudence. Il faut citer, à ce sujet, deux décisions très anciennes du tribunal de commerce de Marseille qui n'ont pas eu une très grande répercussion mais qui sont très intéressantes parce qu'elles envisagent le problème sous l'angle de l'équité (3). Le jugement du 27 février 1872 refuse de valider une saisie-arrêt contre une société mise en liquidation en Angleterre au motif « qu'il ne serait pas conforme à la dignité de la justice française de procéder par une sorte de contrainte indirecte envers la justice anglaise qui accorde à tous les créanciers, sans distinction de nationalité, des garanties analogues à celles qu'ils trouveraient en France ; que, non seulement, toute disposition qui présenterait un tel caractère serait contraire aux règles de droit et à la délimitation des souverainetés, mais elle nuirait même aux autres créanciers français des banques

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1243 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. II, n° 11562 ; Trib. civ. Seine, 15 juillet 1904, *Clunet*, 1905, p. 200 ; Paris, 1er juin 1906, *Clunet*, 1907, p. 135 ; Trib. civ. Seine, 9 novembre 1912, *Clunet*, 1913, p. 1240 ; Bordeaux, 25 mars 1885, *Clunet*, 1886, p. 710 ; Trib. com. Marseille, 15 novembre 1901, *Clunet*, 1902, p. 588.

(2) Rolin, *op. cit.*, p. 88.

(3) Trib. com. Marseille, 7 décembre 1876, *Journ. de la jurisp. commerciale et maritime de Marseille*, t. IV, 1877, p. 57, *Clunet*, 1877, p. 423 ; Trib. com. Marseille, 27 février 1872, *Jur. civile et commerciale de Marseille*, t. I, 1872, p. 29 et s.

anglaises en divertissant de l'actif du débiteur commun un des biens à leur détriment ». Et la décision du 7 décembre 1876 reprend les mêmes arguments.

Incontestablement, les raisons données par les juges marseillais pour fonder leur opinion sont très justifiées. La position adoptée par l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence va à l'encontre d'un des principes fondamentaux de la faillite. Elle ne maintient pas une stricte égalité entre tous les créanciers. Elle consacre un droit de préférence au profit de certains. Des saisies immobilières et des saisies-exécutions peuvent être pratiquées. Et en étudiant toutes les conséquences possibles qui peuvent découler d'un tel droit, il semble que cette solution entraîne une inégalité entre les créanciers français eux-mêmes. Il est possible d'objecter que le législateur doit faire preuve d'impartialité et traiter de la même manière tous les créanciers, quelque soit leur nationalité. Cependant, très souvent les rédacteurs de lois sont tentés de réserver un traitement de faveur aux nationaux. Or, dans le cas présent, la position doctrinale et jurisprudentielle produit l'effet contraire. Le créancier français qui a eu l'honnêteté, et c'est le terme qui convient, semble-t-il, en l'espèce, de produire à la faillite étrangère sans exercer en même temps des poursuites individuelles sur les biens du débiteur situés en France, se trouve défavorisé par rapport à celui qui a usé de tous les moyens mis à sa disposition. Indirectement, le créancier le plus astucieux est récompensé.

Mais, dans l'hypothèse présente, il importe encore, comme nous l'avons déjà plusieurs fois souligné, d'envisager tous les aspects du problème pour pouvoir se prononcer avec objectivité. Il ne faut pas soutenir, comme le font certains auteurs, que l'exequatur est exigé non point pour la protection des intérêts privés mais pour assurer le respect de la souveraineté locale. Il est nécessaire de se montrer plus nuancé. L'exequatur doit poursuivre un double but dans la mesure où il y a concordance entre les deux intérêts en présence. Dans le cas contraire, le respect de la souveraineté locale doit l'emporter. Le problème présent entre dans le cadre de cette seconde hypothèse et l'opinion de l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence se comprend.

Mais, si la déclaration de faillite suspend les poursuites individuelles exercées par les créanciers chirographaires, il ne faut pas en déduire qu'elle a un effet purement négatif sur l'exercice de leurs droits. Le syndic est tenu de prendre une inscription d'hypothèque, au nom de la masse des créanciers, sur les immeubles du débiteur.

## § 5. - ATTRIBUTION A LA MASSE D'UN DROIT GÉNÉRAL DE SURETÉ

Cette mesure est un des effets de la faillite. Il est normal que seule la loi en vertu de laquelle la faillite a été prononcée, détermine l'existence de l'hypothèque légale de la masse (1). Mais, cette hypothèque

(1) TRAVERS, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11375 ; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. VIII, n° 1282.

n'est pas reconnue par toutes les législations et certaines, telle la loi chilienne, ne la font résulter que du jugement qui homologue le concordat (1). Si le débiteur possède des immeubles situés dans ce pays, il existe un conflit entre la loi de la faillite qui admet l'hypothèque et la *lex rei sitae* qui ne connaît pas cette mesure. Il est permis de se demander également si le syndic qui veut, en vertu du jugement déclaratif étranger, faire inscrire l'hypothèque de la masse sur les immeubles sis en France, par exemple, doit obtenir un exequatur préalable.

### I. — *Tous les biens du débiteur failli ne sont pas situés sur le même territoire : conflit entre la « lex fori » et la « lex rei sitae »*

En fait, le problème est très complexe. Il est nécessaire d'envisager toutes les hypothèses pour pouvoir se prononcer avec impartialité. Si tout d'abord la loi de la faillite reconnaît un droit général de sûreté à la masse et si la loi de la situation des immeubles grevés ne s'y oppose pas, il y a une compétence simultanée des deux lois. La *lex fori* décide de l'existence et de l'étendue de l'hypothèque et la *lex rei sitae* indique les formalités à remplir pour prendre inscription et détermine le rang reconnu à cette sûreté.

Il peut également y avoir désaccord entre les deux lois. Si la loi de la situation des biens du failli n'admet pas ce droit, il semble que l'inscription ne peut pas être prise sur les immeubles situés dans ce pays. La *lex rei sitae* a la puissance absolue d'exclure, quant aux biens situés dans un territoire donné, l'exercice de tout droit qu'elle ne reconnaît pas. Elle a alors un rôle essentiellement négatif.

En revanche, dans le cas inverse, si la loi du pays où la faillite a été prononcée n'attribue pas à la masse un droit général de sûreté, celui-ci peut-il exister sur les immeubles situés en France, par exemple, puisque notre législation admet ce droit ? Il faut donner une réponse négative. La *lex rei sitae* n'a pas la puissance créatrice, la puissance génératrice d'un droit.

Enfin, l'inscription sur des immeubles situés en France d'une hypothèque légale reconnue à la masse par la loi de la faillite étrangère est parfois la source de difficultés. La jurisprudence, dans une hypothèse voisine, estime que l'hypothèque légale au profit de la femme mariée ne relève pas du droit des gens et qu'elle confère un droit civil dans le sens de l'article 11 du code civil (2). En raisonnant par analogie, il est possible de donner la même solution pour l'hypothèque légale de la masse. Cette opinion reposerait sur une interprétation erronée de l'article 11 du code civil. D'une part de nombreux auteurs précisent qu'il n'y a des droits civils refusés aux étrangers que dans les matières où le législateur en a expressément décidé ainsi. Et cette position est

(1) Article 1480 du Code de commerce chilien. Au contraire, ce droit est admis dans l'article 485 du Code de commerce français et dans l'article 487 de la loi belge du 18 avril 1851 sur la faillite.

(2) Cass. Req., 27 janvier 1903, *Clunet*, 1903, p. 623.

adoptée par la jurisprudence (1). Or, ici, la loi ne fait aucune distinction entre les créanciers français et les créanciers étrangers. Ce procédé serait contraire au principe d'égalité entre créanciers. D'autre part, il importe de remarquer que le droit général de sûreté est reconnu à l'ensemble des créanciers, à la masse et non à chacun d'eux.

Il ne faut pas oublier, cependant, qu'on suppose dans cette hypothèse que le jugement déclaratif étranger a été rendu exécutoire. La solution est-elle la même avant toute instance d'exequatur ?

### II. — *La faillite a été déclarée à l'étranger et le jugement n'a pas été déclaré exécutoire en France ou en Belgique*

En Belgique et en France, un syndic étranger ne peut, tant que la décision étrangère n'a pas été déclarée exécutoire, faire inscrire sur des immeubles situés dans ces pays, l'hypothèque que la loi étrangère attribue à la masse. Cette solution s'impose pour une double raison. D'une part, l'inscription nécessite l'intervention d'un fonctionnaire, le conservateur des hypothèques. On procède à des mesures d'exécution puisqu'on fait appel aux agents locaux, à l'autorité locale. Or celle-ci ne peut être requise en vertu de la formule exécutoire dont est revêtue la sentence étrangère puisque cette formule ne s'adresse qu'aux fonctionnaires, qu'aux autorités du pays où le jugement a été prononcé. La décision étrangère doit avoir été rendue exécutoire en France et en Belgique.

D'autre part, cette nécessité découle également de l'article 77, alinéa 1er de la loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851 et de l'article 2123, alinéa 2, du Code Civil français. Le premier texte déclare « qu'à défaut de dispositions contraires dans les traités ou dans les lois politiques, les hypothèques consenties en pays étranger n'auront d'effet, à l'égard des biens situés en Belgique, que lorsque les actes qui en contiennent la stipulation auront été revêtus du visa du président du tribunal civil de la situation des biens ». Le second texte précise que « l'hypothèque judiciaire résulte des décisions arbitrales revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution ainsi que des décisions judiciaires rendues en pays étranger et déclarées exécutoires par un tribunal français ».

Si le jugement déclaratif étranger doit avoit obtenu l'exequatur pour que le syndic puisse prendre inscription, en revanche, comme nous l'avons déjà souligné, en France, l'hypothèque légale reconnue à la masse n'est pas un droit civil dans le sens de l'article 11 du Code Civil. Il n'est fait aucune différence entre les créanciers français et les créanciers étrangers. Ce souci d'égalité des droits quelque soit la nationalité des créanciers n'est d'ailleurs pas particulier à cette question Il se retrouve dans l'ensemble des dispositions législatives françaises

(1) Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3e éd., n° 180, p. 208 ; Cass. civ., 27 juillet 1948, D., 1948, p. 535 : « il est de principe que les étrangers jouissent en France des droits qui ne leur sont pas spécialement refusés ».

relatives à la faillite. Le législateur français pousse même très loin ce désir de maintenir une stricte égalité entre les différents créanciers puisqu'il prolonge les délais de production pour les créanciers domiciliés hors de la France métropolitaine (art. 509, al. 3, C. com.). Le principe de l'assimilation n'est cependant pas admis dans tous les pays. Il en résulte des difficultés dans les hypothèses où le failli a des biens en France et dans un pays étranger où les créanciers français se voient exclus des distributions de dividendes.

## § 6. — ATTRIBUTION DANS CERTAINES LÉGISLATIONS D'UN DROIT DE PRÉFÉRENCE A LA MASSE LOCALE OU AUX CRÉANCIERS NATIONAUX

L'étude du traitement réservé aux créanciers qui ne font pas partie de la masse locale permet de déceler une double orientation au sein des législations qui se sont préoccupées de ce problème. Les unes consacrent un droit de préférence au profit des créanciers chirographaires locaux ou nationaux. Les autres, sous réserve parfois de mesures de rétorsion, ne tiennent pas compte de la nationalité, du domicile ou de la masse à laquelle appartient le créancier.

La première tendance révèle un désir très net de protéger les nationaux ou ceux qui ont exercé une activité sur un territoire donné. Elle se trouve, en Argentine, au Brésil, à Costa-Rica, au Nicaragua, au Pérou et dans l'Uruguay (1).

La seconde tendance se retrouve dans de très nombreux pays. En Angleterre, deux conceptions juridiques, celle des « injonctions in bankrupcy » et celle des « restrictions against double proof » maintiennent une stricte égalité entre tous les créanciers. Le premier procédé donne le droit au tribunal anglais saisi d'interdire toute action à l'étranger contre le débiteur à tout créancier anglais et à ceux des créanciers étrangers qui se sont soumis à sa juridiction. Le second met le créancier qui a déjà perçu un dividende dans l'obligation de rapporter les sommes encaissées à l'étranger s'il veut prendre part aux répartitions anglaises (2).

Ce désir d'égalité se retrouve également en Belgique, en Hollande, en Allemagne et en Autriche. Cependant, les dispositions législatives allemandes et autrichiennes sont peut-être moins libérales. L'article 5 de l'ordonnance allemande du 10 février 1877 sur la faillite prévoit la possibilité de mesures de rétorsion. « Les créanciers étrangers sont assimilés aux nationaux. Le Ministre de la justice peut décréter par voie d'ordonnance l'application de mesures de rétorsion contre un état étranger, ses ressortissants, et leurs ayants cause ». L'article 58 de

(1) Loi argentine du 27 mars 1933 ; Loi brésilienne du 9 décembre 1929 ; article 648 et 649 du Code de procédure de Costa-Rica modifiés par la loi du 19 janvier 1933 ; article 585 du Code de commerce de Nicaragua ; Loi péruvienne sur la faillite du 2 août 1932 ; article 1537 du Code de commerce urugayen ; cf. TRAVERS, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11381.

(2) TRAVERS, *op. cit.*, Vol VII, fasc. I, n° 11385.

l'ordonnance autrichienne du 10 décembre 1914 sur la faillite exige la réciprocité : « Sauf dispositions différentes des traités internationaux ou des déclarations gouvernementales publiées au *Journal Officiel*, les créanciers étrangers ont les mêmes droits que les créanciers nationaux, si la réciprocité est observée. S'il y a des doutes sur l'observation de la réciprocité, il y a lieu de demander au Ministre de la justice une déclaration dont l'effet est obligatoire ».

En France, enfin, il n'est fait aucune différence entre les créanciers français et les créanciers étrangers. Le législateur français n'attache aucun effet à l'extranéité de certains (1). Il jouissent tous des mêmes droits dans les répartitions ou les distributions de dividendes qui ont lieu en cas d'union.

Le problème se complique cependant dans les cas où le failli a des biens en France et dans un pays étranger où les créanciers se trouvent exclus des distributions de dividendes. L'application du principe de la territorialité des faillites dans cette hypothèse entraîne l'existence de deux faillites distinctes et la constitution de deux masses différentes. Si les dispositions de la loi étrangère sont moins libérales que celles de la loi française, l'assimilation des créanciers étrangers aux créanciers nationaux préconisée par le législateur français risque de porter préjudice aux nationaux. Deux éventualités peuvent se présenter. En premier lieu, le droit étranger peut contenir un privilège de nationalité. Il peut exclure les créanciers français de toute participation aux répartitions en raison, soit de leur nationalité française, soit de leur qualité de non ressortissants. En second lieu, l'application de la loi étrangère peut ne pas entraîner l'exclusion des créanciers en raison de leur nationalité ou de leur appartenance à la masse française mais avoir pour conséquence qu'ils ne perçoivent pas les mêmes sommes que celles qui leur seraient revenues si la législation française avait été mise en œuvre.

Dans ces deux cas, faut-il, néanmoins, permettre aux créanciers étrangers de concourir dans la faillite française avec les créanciers français sans prévoir certaines mesures susceptibles de rétablir une certaine égalité ?

En cette matière, il ne s'agit pas d'un véritable conflit de lois. Nous ne nous trouvons pas en présence de deux lois concurrentes susceptibles d'être appliquées. Seule la loi du pays où la faillite a été prononcée doit déterminer les droits des créanciers. Il faut plutôt parler d'une influence indirecte du droit étranger sur les dispositions de la loi française. Celle-ci se montre très libérale. Mais cette largesse, cette libéralité risquent d'entraîner des conséquences graves pour les créanciers français produisant à l'étranger ou du moins dans certains pays. Pour diminuer ou pour supprimer ces désagréments, notre droit doit s'adapter, modifier son attitude. La législation étrangère provoque certaines mesures restrictives du droit français, et cet effet mérite d'être souligné.

---

(1) Despagnet et De Boeck, *Précis de droit international privé*, 5e éd., n° 427, p. 1199.

### I. — *La loi étrangère crée un privilège au profit des nationaux ou de la masse locale*

Dans certains Etats, tels que l'Argentine, le Brésil, Costa-Rica, le Nicaragua, le Pérou et l'Uruguay, les créanciers étrangers sont exclus de toute participation aux distributions de dividendes ou ils ne peuvent être payés qu'après paiement intégral des créanciers du pays. Un même débiteur peut posséder des biens en France et dans l'un de ces pays et faire l'objet de deux faillites distinctes. Pour remédier à cette inégalité, la jurisprudence et la doctrine françaises ont prévu deux solutions : la théorie stricte de réciprocité absolue et la théorie des rapports.

#### A. — Théorie stricte de réciprocité absolue

##### 1° La jurisprudence favorable à la théorie stricte de réciprocité absolue

A l'origine, elle a dénié aux créanciers étrangers tout droit de percevoir des dividendes en France dans les cas où la masse française a été évincée des répartitions faites dans un pays étranger. Plusieurs décisions se sont prononcées en ce sens.

Le tribunal de commerce de la Seine, le 29 novembre 1882 et le 6 janvier 1883 (1), celui de Perpignan le 29 juin 1883 ont envisagé ce problème. Les créanciers français d'une société française ayant des succursales en Espagne avaient été exclus de la répartition de l'actif situé dans ce pays. La Cour Suprême de Madrid n'avait pas accordé l'exequatur au jugement déclaratif français et les créanciers espagnols avaient empêché le syndic de réaliser l'actif des succursales bien qu'il leur eût proposé de les traiter, en France, de la même manière que les créanciers français. Par suite, les juges français ont estimé que le syndic était en droit de refuser d'admettre au passif en France les créanciers espagnols parce que « si les créanciers étrangers d'une faillite déclarée en France pouvaient se saisir ainsi de l'actif de la faillite située dans leur pays, et toucher ensuite le dividende produit par la réalisation de l'actif situé en France, ils devraient à leur qualité d'étrangers un privilège exorbitant, contraire à la loi et au principe d'égalité qui en est la base » (2).

Le tribunal de commerce de la Seine dans une hypothèse un peu différente a donné, le 14 avril 1920, la même solution au problème posé (3). Des créanciers qui avaient bénéficié de la réalisation de l'actif situé en Alsace-Lorraine, alors territoire allemand, produisaient ensuite au passif de la liquidation judiciaire prononcée en France. Les juges rejetèrent leur demande d'admission puisqu'ayant opté,

---

(1) Trib. com. Seine, 29 novembre 1882 et 6 janvier 1883, *Journ. faillites*, 1883, p. 61 ; Trib. com. Perpignan, 29 juin 1883, *Clunet*, 1885, p. 83.

(2) Trib. com. Perpignan, 29 juin 1883, *Clunet*, 1885, p. 83 ; en ce sens également : Trib. com. Seine, 29 novembre 1882 et 6 janvier 1883, *Journ. faillites*, 1883, p. 61.

(3) Trib. com. Seine, 14 avril 1920, *Journal du Tribunal de commerce*, t. L XXIX 1922-1923, p. 125, Décision citée par Travers, *op. cit.*, vol. VII, fasc. I, n° 11399.

de leur plein gré, pour le bénéfice des lois étrangères, qui leur ont paru préférables pour leurs intérêts, Stachling, Valentin et Cie (les créanciers) se sont, par application du principe de réciprocité, volontairement exclus de la masse française».

Mais dans les deux exemples précédents, l'exclusion des créanciers français résultait des circonstances de fait. Elle avait pour cause le refus de la Cour Suprême de Madrid de déclarer exécutoire en Espagne le jugement déclaratif de faillite française dans le premier cas, la répartition de l'actif avant que le jugement de liquidation n'ait obtenu l'exéquatur dans le second cas.

La Cour de Paris, au contraire, le 11 mai 1927, s'est trouvée en présence de créanciers français écartés des distributions faites à l'étranger par une disposition législative qui créait un privilège au profit de la masse locale (1). La Cour a estimé que « l'on ne saurait admettre qu'un créancier brésilien puisse produire et être admis valablement pour le montant intégral de sa créance aux deux faillites et toucher ainsi deux fois le montant d'une même créance, alors surtout que les créanciers français sont privés de tout bénéfice de concours avec les créanciers locaux aux termes de la loi et des décisions de justice rendues au Brésil ».

Cette opinion émise par la jurisprudence est partagée par une partie de la doctrine.

#### 2° La doctrine favorable à la théorie stricte de réciprocité absolue

Pour justifier la théorie de la réciprocité, certains auteurs s'appuient tout d'abord sur les exigences de l'ordre public (2) et estiment que ces mesures de rétorsion répondent à des nécessités pratiques. Si la décision étrangère est la source d'une injustice pour les créanciers français, elle ne doit avoir aucun effet en France. Et si l'exequatur n'est pas demandée les juges français doivent s'employer à remédier à cette inégalité dans le jugement qu'ils rendent. Bartin, pour sa part, fait valoir la règle dite de bon sens « que tout fait qui s'est produit à l'étranger est nécessairement appelé à réagir sur les relations juridiques invoquées dans un autre pays que celui où ce fait s'est produit» (3).

Pic partage également ce point de vue mais il se montre plus nuancé. Il envisage deux éventualités (4). Les deux faillites peuvent en premier lieu, se dérouler successivement. Il faut supposer alors que la faillite française a été prononcée après la faillite étrangère et que les créanciers français ont subi un traitement injuste à l'étranger, Dans cette hypothèse, l'auteur établit un parallèle entre le créancier français exclu des distributions faites à l'étranger et l'héritier français écarté du partage du patrimoine du *de cujus* opéré dans un autre pays. Il en déduit qu'il est nécessaire de reconnaître au créancier un droit de prélèvement semblable à celui dont bénéficie l'héritier aux termes de l'article 2

(1) Paris, 11 mai 1927, *Clunet*, 1928, p. 654.
(2) Perroud sous Paris, 11 mai 1927, *Clunet*, 1928, p. 656.
(3) Bartin, « Le jugement considéré comme un fait », *Clunet*, 1924, p. 871.
(4) Pic, note sous Cass. civ., 11 mars 1913, D., 1914, p. 185.

de la loi du 14 juillet 1819 rédigé ainsi : « Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus à quelque titre que ce soit en vertu des lois et coutumes locales ». Pour étayer sa démonstration, Pic avance un argument juridique. Il compare la masse à une sorte de société et la distribution des dividendes à un partage des biens sociaux. Or l'article 1872 du Code Civil prévoit l'application des règles conçues pour le partage des successions aux partage entre associés (1).

Les deux faillites peuvent, en second lieu, également être déclarées à peu près simultanément. Dans ce cas, la production du syndic ou des créanciers étrangers à la faillite française n'a pas été précédée d'une distribution à l'étranger comme dans la première éventualité.

Le syndic français ne connaît pas encore les intentions du représentant de la masse étrangère. Pour éviter toute inégalité, les tribunaux français sont dans l'obligation d'admettre toutes les productions mais ils doivent subordonner celles faites par les étrangers à l'engagement pris par le syndic étranger de réserver le même traitement aux créanciers français produisant à la faillite étrangère. Si celui-ci ne peut pas accepter une telle solution, il faut retarder l'admission et même écarter momentanément les créanciers étrangers jusqu'à ce qu'ils prouvent que le syndic étranger est disposé à être plus libéral.

Ces différents arguments avancés par la jurisprudence et la doctrine sont plus ou moins fondés et suscitent certaines critiques. On fait valoir, tout d'abord, les exigences de l'ordre public. Les créanciers français ont été victimes des dispositions restrictives de la loi étrangère. La seule façon de rétablir l'équilibre est de réserver un traitement identique aux créanciers étrangers. En fait, ce but est très rarement atteint. Les deux actifs sont souvent très différents et leur importance n'est pas la même. L'exclusion des créanciers étrangers peut avoir des conséquences avantageuses pour les nationaux, si l'actif français a une valeur supérieure à celle des biens situés dans l'autre pays. Le résultat est désavantageux dans l'hypothèse contraire mais en aucun cas l'équilibre recherché par l'ordre pulbic n'est rétabli (2). Il veut absolument instaurer une stricte égalité entre les différents créanciers et la pratique de la rétorsion ne produit pas cet effet.

De même la justification de bon sens proposée par Bartin ne doit pas être entièrement retenue. Le principe en lui-même est acceptable. Il est vrai et il est normal que l'attitude adoptée par les tribunaux étrangers ait des répercussions sur les jugements rendus par les juges français. Les magistrats ne doivent pas se contenter d'un aperçu partiel du problème. Ils doivent avoir une connaissance complète de l'ensemble de l'affaire et tenir compte des conséquences produites par

(1) Article 1872 du Code civil : « Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés ».

(2) Travers, *Le droit commercial international*, Vol. VII, fasc. I, n° 11403.

des décisions judiciaires ou des dispositions législatives étrangères. Mais, il ne faut pas en déduire qu'en matière de faillite, par exemple, ils sont dans l'obligation de calquer leur réaction sur la position adoptée par la juridiction étrangère et d'appliquer le principe strict de la réciprocité. Tout d'abord, ce système de la loi du talion n'est pas très juridique. De plus, l'éventail des solutions éventuelles est plus ou moins large selon les hypothèses et il faut choisir la plus équitable. Or en l'occurence, ce choix ne semble pas très judicieux.

Enfin, avant d'appliquer cette règle de la réciprocité, il faut qu'elle ait été introduite dans notre droit par une disposition spéciale. Il est nécessaire de se référer à un texte se prononçant en ce sens. Les droits allemand et autrichien ont procédé ainsi, puisque cette mesure est prévue dans l'article 5 de l'ordonnance allemande du 10 février 1877 sur la faillite et dans l'ordonnance autrichienne du 10 décembre 1914 (1). Par contre, en France, on n'en trouve aucune trace ni dans le code de commerce, ni dans une autre loi spéciale.

Pic s'est d'ailleurs fort bien rendu compte de cette faille, puisqu'il a tenté, fort habilement il faut en convenir, d'y remédier. Il raisonne par analogie avec la loi du 14 juillet 1819. Or ce texte ne peut pas s'appliquer en l'espèce pour une double raison. Certes, certains auteurs ont tenté autrefois d'assimiler la masse à une sorte de société anonyme. Mais cette comparaison n'est plus retenue de nos jours. Les associés doivent faire un apport. Or celui-ci n'existe pas en matière de faillite puisque les créanciers restent titulaires de leurs créances. De même, la société est avant tout un contrat. Cette idée de contrat ne se retrouve pas lors de la constitution de la masse puisque tous les créanciers sont unis légalement et de plein droit. Aussi, il est préférable de considérer la masse «comme une institution propre au droit commercial» ou comme « un organisme légal, dont les droits et obligations sont définis par la loi » (2). En conséquence, l'article 1872 du Code Civil ne peut pas s'appliquer et il est impossible de se référer à la loi du 14 juillet 1819.

De plus, et c'est le second argument déterminant, des tentatives ont été faites, en France vers 1880, pour subordonner à la condition de réciprocité les droits des créanciers étrangers. Ce principe a été inséré dans plusieurs projets de lois qui n'ont pas été retenus. Il faut en déduire que le raisonnement par analogie ne vaut pas puisque ce texte, s'il avait été voté, aurait fait double emploi avec la loi antérieure du 14 juillet 1819. Il importe d'ajouter également que les rejets de ces projets manifestent un désir évident de ne pas admettre le principe de la réciprocité qui doit être remplacé par la règle des rapports.

### B. — **Théorie du rapport**

Cette théorie du rapport a été préconisée par la jurisprudence, d'une part, par la doctrine d'autre part.

---

(1) Conclusions de l'Avocat général Sevestre, Paris, 22 juillet 1929, *Clunet*, 1929, p. 1096 et s.

(2) Escarra, *Cours de droit commercial*, 1952, n° 1545, p. 1088 ; Ripert, Durand et Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, 4e éd., n° 2646, p. 323.

### 1° La jurisprudence favorable à la théorie du rapport

Très rapidement une évolution s'est dessinée au sein de la jurisprudence. Elle abandonne l'idée de réciprocité. Elle s'oriente vers le principe des rapports et établissements de comptes.

Ce nouveau procédé fut tout d'abord utilisé par le tribunal de commerce de la Seine, le 24 décembre 1883 et par la Cour de Montpellier, le 12 juin 1884 (1). Cette dernière décision infirme le jugement rendu par le tribunal de commerce de Perpignan le 29 juin 1883 (2) parce qu'elle estime que le système de la réciprocité s'impose peut-être en temps de guerre mais ne peut être employé en temps de paix. Elle précise « toutefois que Ping et Valls ne peuvent se prévaloir de loi française qu'en l'exécutant dans son entier, soit qu'elle leur profite, soit qu'elle leur nuise... que Ping et Valls figurent parmi les créanciers qui ont adhéré au concordat, et qu'ayant, à ce titre, touché certaines sommes, postérieurement à la faillite, au détriment de la masse et avec connaissance de l'état de cessation des paiements, ils en doivent le rapport à la masse ainsi que le prescrit l'article 447 du Code de Commerce ». Enfin, il est évident « que la Cour ne possède pas les éléments nécessaires pour poser les bases de cette compensation ; qu'un préalable est donc nécessaire ; mais, que c'est le cas non pas d'ordonner une expertise qui pourrait grever la masse de frais irrecouvrables, mais de charger le syndic de remettre à la Cour ses appréciations sur les points qui vont être ci-après déduits ». Et la Cour énonce ensuite les différentes attributions du syndic. Par les soins du syndic, « il lui sera présenté :

1. un état de l'actif existant en Espagne et de sa valeur ;

2. un état du passif représenté par les sommes dues aux créanciers qui ont adhéré au concordat ;

3. l'ensemble des renseignements propres à établir que l'actif existant en Espagne a été dissipé et que les livres des maisons fondées en ce pays par les faillis y ont été retenus par les concordataires et n'ont pas été remis aux syndics ».

Cet arrêt est très intéressant parce qu'il ne se contente pas de poser un principe. Il précise, de plus, les procédés qui doivent être utilisés pour mettre en œuvre ce principe.

La même Cour, saisie à nouveau de l'affaire, maintint son point de vue dans un arrêt du 8 août 1884 (3) et donna quelques précisions complémentaires. Le rapport à la masse de la somme perçue en Espagne « et des intérêts y afférents pourrait être exigé immédiatement par le syndic avant toute distribution de dividendes, parce que, en principe, la formation de la masse active doit précéder sa distribution ».

Ce système du rapport fut également appliqué par la Cour de Paris

---

(1) Trib. com. Seine, 24 décembre 1883, *Journ. faillites*, 1884, article 321, p. 209 ; Montpellier, 12 juin 1884, *Clunet*, 1885, p. 85.

(2) Trib. com. Perpignan, 29 juin 1883, *Clunet*, 1885, p. 83.

(3) Montpellier, 8 août 1884, *Journ. faillites* 1884 article 389, p. 527.

le 23 juin 1885 (1). Et cette même juridiction, le 22 juillet 1929 (2), s'est penchée sur le cas des créanciers écartés des distributions faites à l'étranger par une disposition légale. La banque Russo-Asiatique avait été mise en état de liquidation par jugement du tribunal de commerce de la Seine. Cette mesure s'étendait aux succursales situées en Extrême-Orient. Le gouvernement chinois avait rompu cependant l'unité de la liquidation par une ordonnance qui réservait un régime de faveur à la masse chinoise. La Cour a néanmoins estimé qun les créanciers chinois pouvaient bénéficier des répartitions de l'actif français. Elle a rejeté la théorie de la réciprocité et préconisé le recours au système du rapport.

Cette réaction qui s'est dessinée ainsi au sein de la jurisprudence en faveur du système du rapport a trouvé plusieurs partisans parmi les auteurs et a été consacrée par certaines législations.

#### 2° La doctrine et la législation favorables à la théorie du rapport

Pillet (3) tout d'abord estime que le procédé du rapport n'est pas conforme à la stricte territorialité de la faillite mais qu'il est exigé par l'équité.

Plus récemment, ce problème fut envisagé lors du VI^e^ Congrès interaméricain des Barreaux qui s'est déroulé à Détroit, Michigan, en 1949. Il fut décidé qu'il ne faut pas faire de différences entre les créanciers en raison de leur nationalité, de leur domicile ou de leur place de résidence, qu'il y ait une faillite unique ou une pluralité de procédures. Le Comité exécutif désigna un comité chargé de rédiger un projet de loi en ce sens. Le rapport fut présenté au VII° Congrès à Montévidéo en 1951 et il contenait des dispositions très intéressantes (4). Tout d'abord, lorsqu'il y a plusieurs faillites, tous les créanciers ont le droit de produire dans toutes les administrations. Une stricte égalité doit également être maintenue entre tous ceux qui produisent. Pour obtenir ce résultat il est recommandé de recourir au système du prélèvement : le créancier, admis dans deux faillites, ne peut pas percevoir des dividendes dans la deuxième administration avant que les créanciers aient prélevé la somme qu'il a déjà reçue dans la première administration.

A la suite probablement du rapport présenté au VII^e^ Congrès à Montévidéo en 1951 la loi fédérale américaine sur la faillite, le Bankruptcy Act de 1898, fut révisée en 1952. Un amendement à la loi a perfectionné la disposition qui prescrit l'égalisation des créances dans le cas où la faillite a été déclaré à l'étranger et aux Etats-Unis. Le créancier qui a touché un dividende à l'étranger ne participe aux distributions aux Etats-Unis que lorsque les autres créanciers ont reçu par prélèvement le même pourcentage de leurs créances (5).

---

(1) Paris, 23 juin 1885, *Clunet*, 1885, p. 436.

(2) Paris, 22 juillet 1929, *Clunet*, 1929, p. 1095.

(3) Pillet, *Traité de droit international privé*, t. II, n° 792, p. 912.

(4) Kurt H. Nadelmann, « Rapport sur le droit international privé de la faillite », *Rev. trim. dr. com.*, 1952, p. 52.

(5) Kurt H. Nadelmann, « La loi américaine sur la faillite et le conflit de juridictions », *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 67.

Certes, le terme « prélèvement » peut prêter à confusion. Il serait concevable, *a priori*, d'établir un parallèle avec le système de rétorsion préconisé par Pic (1). Il ne faut pas, cependant, se laisser abuser par l'identité des termes. Une étude plus approfondie permet de déceler des divergences de vue entre ces deux conceptions. D'une part, les hypothèses ne sont pas les mêmes. Dans le premier cas envisagé par Pic, il faut répondre à une mesure de rétorsion mise en œuvre par la loi ou la jurisprudence étrangère. Dans le deuxième cas, la résolution adoptée en 1949 et consacrée postérieurement dénonce toute discrimination en raison de la nationalité, du domicile ou de la place de résidence. D'autre part, la notion d'égalité dans les deux systèmes est très différente. La possibilité de prélèvement prévue par la loi du 14 juillet 1819 rétablit l'égalité de traitement d'une manière indirecte. Elle tente de diminuer ou de faire disparaître les conséquences fâcheuses d'une mesure inéquitable. Au contraire, dans l'amendement de 1952 au Bankruptcy act de 1898, l'idée d'égalité est un principe de base : il ne faut pas remédier à une solution inacceptable puisque toute possibilité de discrimination est exclue, mais il faut trouver un procédé juste. Et le système du prélèvement semble répondre à ce désir. En conséquence, il n'apparaît pas comme une mesure de représailles mais comme un mode de règlement.

En effet, il est possible de concevoir la mise en œuvre de la théorie du rapport de deux façons. Le créancier peut rapporter à la masse française les sommes touchées dans la faillite étrangère. Cette méthode a été préconisée par l'Avocat Général Sevestre et appliquée avec beaucoup de rigueur par la Cour de Montpellier le 8 août 1884 (2). Son argumentation est d'ailleurs très logique et très juridique. Le créancier étranger doit rapporter les sommes perçues dans la première administration « parce que, en principe, la formation de la masse active doit précéder sa distribution ».

Cependant, ce procédé présente de graves inconvénients. Le créancier étranger qui a touché des dividendes a acquis un droit. Celui-ci doit être respecté. Le rapport enlève également tout effet international au règlement qui a été régulièrement fait. Enfin, sur le plan pratique, ce système risque d'être long puisqu'il est subordonné à une autorisation de l'Office des Changes.

Aussi est-il plus simple de retrancher de la somme demandée en France ce que le créancier a déjà reçu à l'étranger ou de permettre aux créanciers français, comme le précise l'amendement de 1952 à la loi fédérale américaine sur la faillite, de prélever un dividende égal en pourcentage à celui obtenu dans la première administration par le créancier étranger (3).

---

(1) Pic, note sous Cass. civ., 11 mars 1913, D., 1914, p. 185.

(2) Avocat général Sevestre, Conclusions, *Clunet*, 1929, p. 1096 ; Montpellier, 8 août 1884, *Journ. faillites*, 1884, article 389, p. 527.

(3) Pillet préfère ce second procédé mais il y apporte une variante. La simple diminution n'est pas suffisante. Il estime que « le dividende touché à l'étranger a éteint le droit du créancier pour une certaine part que l'on obtiendra en comparant l'importance respective des sommes distribuées de part et d'autre », *Traité de droit international privé*, t. II, n° 793, p. 913.

Mais si les sommes reçues à l'étranger doivent être rapportées ou déduites des dividendes que le créanciers est en droit de recevoir en France, il faut prouver qu'il a déjà obtenu une partie du montant de sa créance. Le syndic français doit faire cette preuve. S'il ne réussit pas, le créancier étranger doit être admis à la faillite française sans aucune restriction (1).

Le système du rapport semble donc plus logique et plus équitable que celui de la réciprocité absolue. Cependant, il suscite certaines critiques. D'une part, la Cour de Montpellier se réfère aux articles 446, 447 et 597 anciens du Code de Commerce pour fonder le système du rapport (2). Or les deux premiers ne semblent pas être applicables en l'espèce. Tous les actes visés dans ces deux textes sont faits par le failli lui-même. Dans le cas présent les avantages dont profitent les créanciers étrangers ne sont pas imputables au débiteur. Ils proviennent d'une entente entre les créanciers espagnols qui se sont emparés de l'actif du failli situé en Espagne au détriment de la masse. Les articles 446 et 447 anciens du Code de Commerce ne peuvent donc pas servir de base au système du rapport (3).

D'autre part, si ce procédé assure incontestablement une plus grande égalité entre tous les créanciers et supprime toute discrimination en raison de la nationalité, ou de la qualité de non-ressortissant, il présente cependant certaines faiblesses. Il suppose que celui qui produit à la faillite française est de bonne foi. Or cette qualité n'est pas toujours prédominante chez les créanciers. Ils sont tentés de soutenir qu'ils n'ont rien touché dans la liquidation étrangère. C'est une façon malhonnête, peut-être, mais effective de recouvrer la quasi-totalité du montant de la créance. Pour apporter la preuve contraire le syndic français doit étudier avec beaucoup d'attention la distribution de l'actif étranger. Parfois, il ne peut pas obtenir un résultat positif parce qu'il est dans l'impossibilité de se procurer tous les documents nécessaires à sa recherche. Dans cette hypothèse, la mauvaise foi est récompensée et les créanciers français subissent un préjudice. Ils sont en quelque sorte victimes d'un trop grand libéralisme du droit positif français. Le système de la réciprocité absolue ne présente pas de tels dangers, il faut en convenir, puisque les créanciers étrangers sont écartés sans discussion.

Il ne faut pas, cependant, préconiser le retour au système de la loi du talion. Il est préférable de trouver un remède au sein même de la

---

(1) Paris, 23 juin 1885, *Clunet*, 1885, p. 436 ; Cass. Req., 30 juin 1887, *Journ. faillites*, 1887, article 849, p. 346 ; Capitant, *Clunet*, 1929, p. 81 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11406.

(2) Articles 477, 478 et 614-23 nouveaux du Code de commerce.

— Article 477 : « Sont inopposables à la masse lorsqu'ils auront été *faits par le débiteur* depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements, ou dans les quinze jours qui auront précédé cette époque : 1, 2, 3,4 ».

— Article 478 : « Tous les autres paiements *faits par le débiteur* pour dettes échues, et tous actes à titre onéreux par lui passés après la cessation de ses paiements, peuvent être déclarés inopposables à la masse si, de la part de ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de ses paiements ».

(3) Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11404.

théorie du rapport. Il faut l'améliorer, la perfectionner. Et cette solution, perceptible déjà dans le projet de loi uniforme proposé au VII[e] Congrès interaméricain des Barreaux, serait une coopération active et étroite des administrations. Celle-ci pourrait d'ailleurs être réalisée rapidement et facilement dans le cadre européen. En effet, tous les Etats estiment qu'il ne faut pas faire de discrimination entre les créanciers. Seules les législations allemande et autrichienne devraient être réformées sur ce point et faire preuve d'un plus grand libéralisme. Et pour obtenir un résultat positif il est plus sage de limiter cet essai de coopération interétatique aux pays dont les dispositions législatives présentent déjà de nombreux traits communs.

La théorie du rapport permet donc de rétablir une certaine égalité entre tous les créanciers et de remédier à l'injustice résultant de l'application de certaines lois étrangères qui consacrent un privilège de nationalité ou de masse. Parfois, cependant, l'application de la loi étrangère n'entraîne pas l'exclusion des créanciers en raison de leur nationalité ou de leur appartenance à la masse française mais elle a pour conséquence qu'ils ne perçoivent pas les mêmes sommes que celles qui leur seraient revenues si la législation française avait été mise en œuvre. Dans cette hypothèse, faut-il tenter de compenser cette différence dans les distributions faites en France ?

### II. — *La loi étrangère protège moins les droits des créanciers français que la législation française*

Un exemple concret de cette situation a été soumis à l'appréciation de la Cour de Cassation le 11 mars 1913 (1). Nebel, sujet allemand, possédant deux établissements commerciaux, une maison principale à Leipzig et une succursale en France, avait été déclaré en faillite dans les deux pays. La femme du failli en absorbant par ses reprises, conformément à sa loi nationale, la plus grande partie, sinon la totalité de l'actif liquidé en Allemagne, avait rendu illusoire la production des créanciers français à la faillite allemande. Par contre, les créanciers allemands admis à la faillite française auraient pu participer à la répartition d'un actif plus important puisque les droits de la femme sont plus restreints en France. La juridiction suprême dut choisir entre deux solutions. Elle pouvait permettre au créanciers français de prélever sur l'actif français une somme égale à celle qu'ils auraient perçue si les droits reconnus au conjoint du failli avaient été les mêmes en Allemagne et en France. Cette thèse fut défendue par Pic (2). Il raisonnait par analogie et proposait de déduire cette solution de la position jurisprudentielle qui réglemente très sévèrement les conditions de la production à la faillite française de la femme étrangère. Ce résultat était peut-être équitable, mais il n'était pas juridique. Le droit français peut et doit limiter les droits, en France, du conjoint

(1) Cass. civ., 11 mars 1913, D., 1914.I.185.
(2) Pic, note sous Cass. civ., 11 mars 1913, D., 1914.I.185.

étranger si sa législation nationale est trop libérale. Mais il n'a pas la possibilité de remédier aux conséquences fâcheuses d'une disposition législative étrangère appliquée à l'étranger. En produisant à la faillite allemande les créanciers français avaient reconnu la compétence de la loi allemande. Ils devaient en subir tous les effets, favorables ou défavorables, puisque la législation étrangère leur réservait le même traitement qu'aux nationaux et ne tenait pas compte de leur nationalité ou de leur appartenance à la masse française. La Cour de Cassation se prononça d'ailleurs en ce sens et déclara que « tous les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, sans distinction de nationalité et sans condition de réciprocité ».

La constitution de la masse exerce donc une profonde influence sur les droits des créanciers qu'elle absorbe. Elle suspend certains droits et en crée d'autres : la masse a un droit général de sûreté et quelques lois attribuent un droit de préférence à la masse locale ou aux créanciers nationaux. Mais, ce ne sont pas les seules modifications dues à la constitution de la masse. Elle exerce une action collective caractérisée essentiellement par l'examen des actes et contrats faits et passés par le débiteur à son détriment, et tout spécialement des actes par lesquels certains créanciers auraient tenté d'échapper au principe d'égalité.

## Section III. — Actions du syndic au nom de la masse contre certains actes et contrats faits et passés par le débiteur

Le débiteur qui ne peut plus faire face à toutes ses obligations va essayer d'opérer un redressement par tous les moyens. Il est tenté de préserver une partie de son actif en faisant des donations à ses proches. Il peut également essayer de mettre fin momentanément aux récriminations de certains créanciers en payant certaines dettes ou en consentant certaines sûretés. Toutes ces manœuvres risquent de porter préjudice à l'ensemble des créanciers. Pour rétablir l'équilibre il est donc nécessaire de reconstituer l'actif ainsi distribué durant la période suspecte. Mais quelle est la loi compétente pour déterminer si les actes et contrats faits et passés par le débiteur sont valables ou son inopposables à la masse ? Il est difficile de donner une réponse unique, parce qu'il faut, en fait, envisager deux hypothèses très différentes.

D'une part, la nullité peut résulter d'un texte du droit commun s'il s'agit, par exemple, d'une action en rescision pour lésion, ou d'une action en résiliation pour inexécution des conditions. Dans ce cas, il faut appliquer la loi qui régit le contrat ou l'acte envisagé (1).

(1) Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de droit international privé*, 4e éd., n° 522, p. 651.

D'autre part, l'inopposabilité peut également poursuivre un autre but. Elle cherche à assurer ou à rétablir une certaine égalité entre tous les créanciers. Seule la loi par application de laquelle la faillite a été prononcée doit être alors applicable (1). Cependant, le problème n'est pas aussi simple qu'il le semble, *a priori*. Les actes ont pu être accomplis par des étrangers, à l'étranger, ou à propos de biens situés en pays étranger. Dès lors naît un triple conflit de lois entre la loi de la faillite d'une part, la loi nationale du failli, la loi qui régit le contrat et la *lex rei sitae* d'autre part.

## § 1. — CONFLIT ENTRE LA LOI DE LA FAILLITE ET LA LOI NATIONALE DU FAILLI

Si la déclaration de faillite entraînait une véritable incapacité, il serait nécessaire d'apprécier la validité des actes faits par le failli en se référant à sa loi nationale.

Cette solution semble cependant très discutable. Il est difficile d'établir un parallèle, de trouver une relation entre l'inopposabilité frappant les actes faits par le failli avant le jugement déclaratif de faillite et les modifications apportées à la capacité de celui-ci. Comme le souligne fort justement Travers (2) « la capacité d'une personne physique ou morale se modifie pour l'avenir, non pour le passé ; la nullité d'un acte ne peut précéder l'évènement dont elle découle ».

De plus, il ne faut pas oublier que les incapacités qui frappent le débiteur sont très spéciales. Elles ne tendent pas à protéger la personne même du failli. Ce sont des mesures de sécurité dirigées contre lui afin d'assurer un meilleur déroulement de la procédure de faillite et de prévenir les fraudes toujours possibles.

La loi nationale du failli doit donc être écartée. Mais un second conflit de lois peut également exister. Parfois, la loi qui régit le contrat est différente de la loi de la faillite. Dans cette hypothèse, il faut choisir et déterminer si l'inopposabilité dépend de la loi du contrat ou de la *lex fori*.

## § 2. — CONFLIT ENTRE LA LOI DE LA FAILLITE ET LA LOI QUI RÉGIT LE CONTRAT ET CONFLIT DE JURIDICTIONS

Les deux lois ont trouvé des partisans et avant de se prononcer il est préférable d'étudier les deux thèses en présence.

Il ne suffit pas, cependant, de déterminer quelle est la loi compétente pour se prononcer sur l'inopposabilité éventuelle des actes accomplis durant la période suspecte. La délimitation de celle-ci varie selon les Etats. Il peut exister de ce fait une certaine opposition entre la

---

(1) Surville et Arthuys, *op. cit.*, n° 522, p. 651 ; Despagnet, *Précis de droit international privé*, 5e éd., n° 433 *bis*, p. 1219.

(2) Travers, *Le droit commercial international*, Vol. VII, fasc. I, n° 11336, p. 294.

*lex fori* et la loi de la faillite du pays où l'acte a été fait. Enfin, il ne faut pas oublier que le système très complet des inopposabilités spéciales prévu par le législateur français ne met pas obstacle à l'exercice de l'action paulienne. Or l'utilisation de cette action peut également être à l'origine de conflits de lois et de juridictions.

#### I° Thèses en présence

### A. — Thèse favorable à l'application de la loi qui régit le contrat

Pillet (1), tout d'abord, s'élève contre l'idée d'indivisibilité de la faillite. Il n'y voit « qu'une pure question de procédure soumise aux lois du lieu où elle se poursuit ». Et, à son avis, seule la loi du contrat peut décider si ce dernier est valable ou doit être déclaré inopposable. De ce fait, poursuivant jusqu'au bout son raisonnement et envisageant toutes les conséquences possibles, il conçoit fort bien qu'un acte passé en France soit inopposable alors que la loi qui régit la faillite étrangère estime qu'il conserve sa validité ou inversement.

Von Bar (2) préconise également l'application de la loi qui régit le contrat mais il s'appuie sur des bases différentes. Il se réfère, d'une part, à la théorie du respect des droits acquis. Seule la loi en vertu de laquelle un acte a été passé peut décider que celui-ci n'est plus valable. Or il faut reconnaître que la compétence de la *lex fori* va à l'encontre de cette thèse. Il fait observer, d'autre part, que l'application de la loi de la faillite peut faire craindre un certain machiavélisme de la part du débiteur. Il a la possibilité, pour rendre inopposable l'acte fait, de quitter le pays où il a contracté et de s'installer sur un territoire où les lois sur les faillites sont plus strictes.

Ces différents arguments suscitent, cependant, certaines critiques. Celles-ci ont été formulées par les partisans de la thèse adverse.

### B. — Thèse favorable à l'application de la loi de la faillite

La compétence de la loi qui régit le contrat se conçoit lorsqu'il s'agit de déterminer si le contrat est valable en lui-même, si les parties sont capables et si l'acte n'est pas entaché de vices du consentement ou de vices de forme. En l'espèce, le problème est très différent. Le contrat est présumé valide d'après les principes généraux de la règle de droit. Mais l'inopposabilité a une origine différente. Elle résulte de la loi de la faillite qui tend à maintenir une stricte égalité entre tous les créanciers et qui déclare inopposables les actes faits au profit de certains et au détriment de la masse. Seule la *lex fori* doit donc se prononcer sur ces inopposabilités éventuelles (3).

Les objections émises par Von Bar méritent également certaines

(1) Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, t. II, n° 784.

(2) Von Bar, *Intern Privatrecht und Strafrecht*, § 487.

(3) Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 382 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1284, p. 816 ; Rolin, *op. cit.*, p. 76 ; Travers, *op. cit.*, vol. VII, fasc. I, n° 11338 ; Valensi, *Répert. droit int.*, t. VIII, V° Faillite, n° 225.

mises au point. Tout d'abord, il ne faut pas confondre droit acquis et droit opposable. L'acte frappé d'inopposabilité par la loi de la faillite demeure valable en lui-même. Il n'est pas porté atteinte à un droit acquis puisque la *lex fori* ne se prononce pas sur la validité du contrat. Elle déclare simplement qu'il est inopposable à l'ensemble des créanciers (1). De plus, en se plaçant même sur le terrain du respect des droits acquis, il semble que cette théorie doive s'appliquer lorsqu'il s'agit de deux intérêts particuliers en présence. Son utilisation semble plus délicate lorsqu'il y a opposition, comme dans le cas présent, entre l'intérêt individuel du cocontractant d'une part, et l'intérêt général de la masse d'autre part.

Par contre, les risques de fraude émanant du débiteur semblent plus dangereux, *a priori*. Mais une étude plus approfondie de la question permet de déceler le caractère factice du raisonnement tenu par Von Bar. En premier lieu il ne faut pas oublier que le débiteur ne se soumet pas volontairement à la loi de la faillite. Ce sont des lois de police commerciale qui s'appliquent automatiquement. En second lieu il est difficile d'attribuer au débiteur failli les sentiments que Von Bar lui prête. Tous ces actes ou contrats frappés d'inopposabilité par la loi de la faillite ont pour but de favoriser le cocontractant au détriment de la masse. Pourquoi le débiteur tenterait-il ensuite de les rendre inopposables en transportant son domicile dans un autre pays ? Enfin, en troisième lieu, comme le souligne Diéna (2) le problème soulevé par Von Bar est un peu une hypothèse d'école. Le juge peut fixer dans le passé la date de la cessation des paiements, mais il ne peut pas la reporter à une époque très ancienne. Il est donc difficilement concevable que le failli ait changé de domicile entre le moment où il a fait ou passé l'acte ou le contrat visé et la date à laquelle la faillite a été prononcée.

Cette thèse favorable à l'application de la loi de la faillite se retrouve d'ailleurs dans les jurisprudence française et belge, dans les dispositions adoptées par l'Institut de droit international dans sa session de 1902 et dans plusieurs législations étrangères.

La jurisprudence française, tout d'abord, s'est prononcée en ce sens. Elle a appliqué dans tous les cas la *lex fori* que la faillite ait été prononcée en France ou à l'étranger. Il est possible de citer une décision du tribunal de commerce de Lyon du 9 décembre 1872. Cette juridiction a appliqué l'article 446 du code de commerce français et a prononcé, par suite de la déclaration de la faillite en France, la nullité de la cession d'une créance sur un débiteur italien (le Trésor public italien) passée au profit d'un italien et par un acte public italien (3).

---

(1) Valensi, *Répert. dr. int.*, t. VIII, V° Faillite, n° 226.

(2) Diena, *Trattato*, III, p. 541.

(3) Cette décision a d'ailleurs été à l'origine de difficultés avec les juridictions italiennes. La Cour d'Appel de Brescia, le 20 novembre 1873, et la Cour de Cassation de Turin, le 6 octobre 1876, ont refusé de déclarer exécutoire en Italie le jugement rendu par le Tribunal de commerce de Lyon aux motifs erronés « que la loi qui régit les obligations quant à leur substance et quant à leurs effets, est la loi du lieu où elles sont contractées même entre étrangers à moins qu'il n'y ait preuve d'une volonté contraire chez les contractants », *Clunet*, 1879 p. 82.

La Cour de Bordeaux a également appliqué, le 8 juillet 1891 (1), à l'occasion d'une faillite anglaise devenue exécutoire en France, la loi anglaise à la validité d'une cession de créance faite pendant la période suspecte, en raison de l'indivisibilité de l'état de faillite.

La jurisprudence belge partage aussi ce point de vue. Le tribunal de commerce de Liège a très bien mis en évidence, le 1er octobre 1927 (2), les raisons qui ont guidé son choix : « Attendu, y est-il dit, que les nullités édictées par la loi du 8 avril 1851 ne se rattachent pas au statut qui détermine les conditions de validité de l'acte ; qu'elles sont une conséquence directe et nécessaire du jugement de faillite ; que, dès lors, comme pour les formalités de procédure, la loi du tribunal devant lequel la faillite est ouverte, est seule applicable ».

Ces mêmes idées se retrouvent également dans la règle adoptée par l'Institut de droit international lors de la session de 1902 : « Le tribunal de la faillite aura le droit de statuer, en appliquant sa propre législation, sur toutes actions nées directement du prononcé de la faillite et notamment sur l'action en nullité d'un paiement opéré par le débiteur depuis la date du commencement des effets de la faillite et sur celle en annulation des actes passés par lui dans la période de nullité radicale ou dans la période suspecte (3).

Enfin, plusieurs législations étrangères préconisent l'application de la *lex fori*, et tout particulièrement les droits belge et allemand. La conception anglaise cependant est différente. Les dispositions particulières de la loi anglaise sur la faillite du 10 août 1914 visant les actes faits durant la période suspecte ne peuvent être appliquées à l'encontre des créanciers étrangers que si le contrat a été passé en Angleterre ou dans les Dominions. Elles peuvent également être mises en œuvre si le cocontractant du débiteur produit à la faillite anglaise, lorsque le contrat a été conclu sur un autre territoire (4). Il semble que la limitation apportée au champ d'application de la loi anglaise soit étroitement liée à l'idée que ces dispositions sont des règles de procédure.

Il ne suffit pas, toutefois, de préciser que seule la *lex fori* est compétente pour se prononcer sur l'inopposabilité des actes accomplis durant la période suspecte. La détermination de celle-ci diffère selon les législations et les délais varient selon les Etats. De ce fait, il peut exister des différences entre la loi du pays où la faillite a été prononcée et celle de l'Etat où l'inopposabilité est invoquée.

### 2° Conflit de lois et conflit de juridictions relatifs à la détermination de la période suspecte

Il est possible de déceler trois tendances au sein des législations qui ont réglementé les délais durant lesquels certains actes ou contrats

(1) Bordeaux, 8 juillet 1891, *Journ. faillites*, 1892, article 1552, p. 118 ; en ce sens aussi, Caen, 13 février 1890, *Clunet*, 1891, p. 523.

(2) Trib. com. Liège, 1er octobre 1927, *Jur. de la Cour de Liège*, 1927, p. 270.

(3) *Annuaire de l'Institut*, t. XIX, p. 280 à 282 ; et c'est en ce sens également que se prononce l'article 6 du projet de convention de la Ve Conférence de La Haye (1925)

(4) Dicey, *Conflict of laws*, 3e édition, 1922, règle 190 commentaires, p. 707.

peuvent être déclarés inopposables en raison de la faillite. La première ne tient pas compte de l'époque à laquelle la cessation des paiements est apparue. Elle se réfère à la date de déclaration de la faillite. Il faut classer dans ce groupe le code de commerce espagnol. Celui-ci ne prévoit d'ailleurs pas dans ses articles 879, 880, 881 et 882 un délai unique mais une gamme de délais établis en fonction des actes et contrats visés. La deuxième fait état de la notion de cessation des paiements. Cette conception est développée dans l'article 477 du code de commerce français et dans l'article 445 de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 (1). La troisième tendance enfin, combine ces deux notions et tient compte, tantôt de la cessation des paiements, tantôt de la date d'ouverture de la faillite. Cette combinaison se retrouve dans l'ordonnance allemande sur la faillite du 10 février 1877 (2).

Le système espagnol qui se réfère à la date d'ouverture de la faillite pour déterminer la période suspecte, présente les garanties les plus sûres. C'est une époque facile à préciser et qui n'entraîne aucune discussion. La cessation des paiements, au contraire, est une notion plus incertaine et il est parfois difficile de la délimiter exactement.

Pour remédier d'ailleurs à ces inconvénients plusieurs législations s'opposent à la possibilité de la faire remonter à une date très ancienne. Ainsi le délai est de six mois en droit belge et en droit allemand (3).

---

(1) Article 445 de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 : « Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque... »

(2) *a*) L'article 30, alinéa 1er, règle le sort des actes faits après la suspension des paiements ou après la demande d'ouverture de la faillite. « Sont attaquables : les actes juridiques passés par le failli après la suspension des paiements ou après la demande d'ouverture de la faillite et qui portent préjudice aux créanciers de la faillite, si l'autre partie connaissait la suspension des paiement ou la demande d'ouverture au moment où l'affaire a été conclue ;les actes juridiques passés après la suspension des paiements ou la demande d'ouverture et qui accordent à un créancier de la faillite une sûreté ou un paiement, si le créancier connaissait la suspension des paiements ou la demande d'ouverture au moment où l'acte a été passé ».

*b*) L'article 30, alinéa 2, envisage le cas des actes conclus, soit après la cessation des paiements, soit dans les dix jours qui ont précédé ces évènements. « Sont attaquables : les actes juridiques passés après la suspension des paiements ou après la demande d'ouverture de la procédure ou dans les dix derniers jours avant la suspension des paiements ou la demande d'ouverture, s'ils accordent à un créancier de la faillite une sûreté ou un paiement qu'il ... n'aurait pu obtenir ou qu'il n'aurait pu obtenir de cette sorte ou à ce moment dans la mesure où le créancier ne prouve pas que, lors de la passation de l'acte, il ne connaissait pas la suspension des paiements, ni la demande d'ouverture ni l'intention du failli de le favoriser par rapport aux autres créanciers ».

*c*) Les articles 31 et 32 enfin, prévoient le cas des actes soit à titre onéreux passés avec le conjoint ou certains parents, soit à titre gratuit au profit de tiers lorsqu'ils ont été conclus « dans la dernière année avant l'ouverture de la procédure ou au cours des deux dernières années avant l'ouverture de la faillite » lorsqu'il s'agit « d'acte de disposition du failli, faits au profit de son conjoint ».

(3) Article 442, alinéa 3, de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 ; « Sauf l'exception portée à l'article 613, cette époque ne peut toutefois être fixée à une date de plus de six mois antérieure au jugement déclaratif de faillite » ; cf. Frederico, *Traité de droit commercial belge*, 1949, t. VII, n° 49, p. 121.

— Article 33 de l'ordonnance allemande sur la faillite du 10 février 1877 : « Les actes juridiques passés plus de six mois avant l'ouverture de la procédure ne peuvent être attaqués parce que la suspension des paiements était connue ».

Par contre, en droit français, aucune limite impérative n'est fixée pour les juges. Le tribunal saisi se prononce en fonction des circonstances de l'affaire.

Ces divergences de vues peuvent donner naissance à des conflits entre la *lex fori*, d'une part, et la loi de la faillite du pays où l'acte visé a été fait, d'autre part. Ainsi l'acte susceptible d'être déclaré inopposable a pu être passé en Allemagne par exemple. Il est normal, ainsi que nous l'avons déjà souligné, que seule la loi de la faillite, la loi française, par exemple, détermine s'il est inopposable. Mais le tribunal français saisi a pu faire remonter la date de la cessation des paiements à une époque qui n'est pas admise par la législation allemande. Si l'inopposabilité est invoquée en Allemagne, la juridiction saisie peut-elle refuser de prendre en considération les délais fixés par le juge français ? Dans cette hypothèse cette possibilité doit être reconnue au tribunal allemand (1). Le tribunal civil de Charleroi a soutenu cette thèse, le 3 décembre 1887, dans une affaire similaire (2), en faisant observer que « le législateur, en fixant le délai maximum du report, a voulu assurer la stabilité des relations commerciales, mettre un terme à un état de choses qui autorisait à mettre en question des contrats qui avaient plusieurs années d'existence et prévenir la perturbation profonde qui résultait nécessairement pour la fortune publique et privée d'un système tel que celui en vigueur sous le Code de 1808 ». Ces dispositions sont donc d'ordre public et la loi étrangère, la loi française en l'espèce, ne peut s'appliquer que dans la mesure où elle n'est pas en contradiction avec les règles établies par le législateur national. Dans le cas contraire, elle doit être écartée. Il faut préciser cependant que ce principe ne vaut que lorsque l'acte a été fait dans un état où la loi en vigueur réglemente très précisément cette question. La solution serait différente si l'acte avait été fait en France par exemple au profit d'un allemand.

En définitive, seule la *lex fori* détermine, en règle générale, les actes susceptibles d'être déclarés inopposables. Cependant, il faut prévoir une exception lorsque l'acte a été fait à l'étranger. Dans cette hypothèse, la *lex fori* se prononce sur l'inopposabilité éventuelle mais elle ne demeure applicable que dans la mesure où il y a accord, sur la date de la cessation des paiements, entre la *lex fori* et la loi de la faillite du pays où l'acte a été passé.

Enfin, une dernière précision s'impose. Lorsque la faillite est prononcée à l'étranger, aucun acte ne peut être frappé d'inopposabilité en France tant que la décision étrangère n'a pas été rendue exécutoire sur notre territoire. Ainsi le tribunal de la Seine s'est prononcé en ce sens le 21 décembre 1877 (3).

Il ne faut pas, toutefois, oublier que les dispositions particulières du code de commerce français, et de plusieurs législations étrangères qui permettent de rendre inopposables des actes faits pendant la période

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. VIII, n° 1284.
(2) Trib. civ. Charleroi, 3 décembre 1887, *Journ. faillites*, 1888, p. 309.
(3) Trib. Seine, 21 décembre 1877, *Clunet*, 1878, p. 376.

suspecte n'empêchent pas l'exercice de l'action paulienne. Cette action sanctionne une fraude prouvée contre le débiteur.

### 3° Conflit de lois et conflit de juridictions relatifs à l'exercice de l'action paulienne

L'exercice de cette action est à l'origine d'un double conflit. D'une part, il est certain que l'action paulienne n'est pas une conséquence de la faillite. Il est permis de se demander si elle est soumise à la loi qui régit le contrat ou à la *lex fori*. D'autre part, le jugement étranger doit-il avoir été rendu exécutoire en France pour que le syndic étranger puisse exercer l'action paulienne dans notre pays ?

#### A. — Conflit entre la loi qui régit le contrat et la « lex fori »

Il est nécessaire, au préalable, de distinguer deux hypothèses très différentes.

Tout d'abord, l'action paulienne peut être intentée par tout créancier. Dans ce cas, le créancier agit individuellement et pour son propre compte. Le bénéfice qu'il retire d'une telle action ne profite pas à la masse. Elle ne rentre pas dans le cadre des buts recherchés par la procédure de faillite. Il est normal qu'elle soit réglementée par la loi qui régit le contrat (1).

Mais elle peut être également exercée par le syndic dans l'intérêt des créanciers. Cette possibilité est rarement utilisée en droit français puisqu'il existe un système très complet d'inopposabilités spéciales et puisque le législateur n'a pas précisé impérativement une date au-delà de laquelle il est impossible de reporter la cessation des paiements. Mais, il n'en est peut-être pas de même dans des pays tels que la Belgique et l'Allemagne où la loi en vigueur est plus restrictive. L'action paulienne permet d'atteindre des actes antérieurs à la cessation des paiements (2).

Dans cette seconde hypothèse, il est plus difficile de déterminer la loi qui régit cette action. En effet, elle n'est pas une conséquence de la faillite et elle est généralement réglementée par le droit commun. Cette objection fut émise par Roguin lors de la session de l'Institut de droit international de Bruxelles en 1902. Elle entraîna le rejet de la proposition qui envisageait d'étendre à cette hypothèse la compétence de la loi de la faillite. Cependant, cette action intentée par le syndic permet d'attaquer des actes antérieurs à la période suspecte. L'actif est ainsi plus important et de ce fait indirectement l'exercice de l'action paulienne favorise l'ensemble des créanciers. Elle rentre donc dans le cadre des buts recherchés par la procédure de faillite et, comme l'a fait observer Sacerdoti, (3) il y a, du fait de la faillite,

---

(1) Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11337.

(2) Cass. Req., 29 juillet 1908, D., 1910.I.409, note Percerou, S., 1909.I.345, note Lyon-Caen.

(3) Adolfo Sacerdoti, « L'action paulienne dans le système de l'unité internationale de la faillite », *Rev. dr. intern. législ. comp.*, 1903, p. 187.

une véritable novation, puisque l'action paulienne ordinaire s'exerce, dès lors, tant au profit des créanciers postérieurs à l'acte préjudiciable qu'en faveur de ceux dont la créance est antérieure.

Cette question a d'ailleurs été envisagée par la Cour d'Appel d'Amsterdam le 11 juin 1954 (1). La Société Néerlandaise « Comfin » avait été déclarée en faillite. Les syndics intentèrent, selon le droit néerlandais, une action paulienne en annulation de contrats conclus par cette société en Angleterre et en Amérique avec les sociétés « Overseas » et « November ». La Cour d'Appel d'Amsterdam reçut cette demande. Les sociétés anglaises et américaines introduisirent un pourvoi en cassation. Le second moyen du pourvoi est très intéressant parce qu'il pose bien le problème. « La réponse positive à la question de savoir s'il est permis au syndic de récupérer à l'étranger des éléments du patrimoine en attaquant les actes du débiteur conclus à l'étranger par le moyen de l'action paulienne (telle que prévue par la loi de la faillite) n'a nullement pour conséquence nécessaire l'application, admise par la Cour d'Appel, du droit néerlandais à l'action paulienne elle-même, mais impose plutôt l'application de la loi qui régit l'acte attaqué ou de la loi du lieu de conclusion de cet acte ». La Cour de Cassation des Pays-Bas rejeta cependant le pourvoi le 15 avril 1955 sans d'ailleurs se prononcer sur ce point.

Il faut donc appliquer la *lex fori*. Cependant, cette difficulté n'est pas la seule soulevée par l'exercice de l'action paulienne. Il est important de déterminer si la décision étrangère doit avoir été rendue exécutoire en France pour que le syndic étranger puisse exercer cette action sur notre territoire.

### B. — Conflit de juridictions

La doctrine est très divisée. Plusieurs auteurs exigent l'exequatur (2). La thèse adverse (3) a, cependant, de nombreux partisans et elle a été adoptée par le droit conventionnel (4). Ces auteurs font à juste titre remarquer que le syndic qui exerce l'action paulienne devant une juridiction étrangère ne manquera pas et devra même produire la décision qui l'habilite à agir. Les juges saisis pourront donc examiner le jugement déclaratif de faillite et déterminer s'il est susceptible d'être rendu exécutoire en France. Si le moindre doute naît dans leur esprit, ils auront toujours la possibilité de surseoir à statuer jusqu'à ce que l'exequatur ait été obtenu. De plus, il ne faut pas oublier qu'il existe des hypothèses où il est nécessaire d'agir vite pour éviter des conséquences graves et parfois irréparables. Or, l'exequatur exige une procédure très longue parfois peu compatible avec la célérité requise.

---

(1) Cour d'Appel d'Amsterdam, 11 juin 1954, Cour de Cassation, 15 avril 1955, *Clunet*, 1957, p. 478.

(2) Gemma, Ranella, dans leurs études sur la faillite ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1248 g ; cf. Rolin, *op. cit.*, p. 80.

(3) Carle, Fiore, Lomonaco, Esperson, Despagnet, Weiss, Diena, cités par Rolin, *op. cit.*, p. 81 ; Rolin, *op. cit.*, p. 80.

(4) Congrès de Turin, 1880, article 2 ; Traité de Montévidéo, 1889 ; Institut de droit international, 1902, article 12, IV^e^ Conférence de La Haye, 1904 article 10.

Si l'exercice d'une action tendant à faire déclarer inopposables certains contrats passés par le débiteur, oblige parfois à choisir entre la loi de la faillite, d'une part, et la loi nationale du failli ou la loi qui régit le contrat, d'autre part, il peut exister également un troisième conflit entre la *lex fori* et la *lex rei sitae* lorsque les actes ont été accomplis à propos de biens situés en pays étranger.

## § 3. — CONFLIT ENTRE LA « *LEX FORI* » ET LA « *LEX REI SITAE* »

Il faut envisager séparément deux hypothèses très différentes. Le débiteur a pu, d'une part, aliéner par contrat des immeubles situés sur un territoire étranger. L'acte passé par le failli peut avoir, d'autre part, pour but la constitution d'une hypothèque sur ses biens au profit d'un créancier.

### 1° Le débiteur a aliéné des immeubles situés à l'étranger

Dans ce cas, la *lex rei sitae* semble difficilement applicable pour plusieurs raisons. Tout d'abord sa compétence ne serait justifiée que s'il s'agissait de déterminer si le contrat conclu à l'étranger remplit les conditions requises pour conférer la validité à un droit réel sur un bien situé sur un autre territoire. Dans l'espèce présente le problème est très différent puisque cette validité n'est pas contestée. Il importe de préciser si l'acte passé à l'étranger est susceptible d'être déclaré inopposable dans la mesure du moins où il porte préjudice aux droits et aux intérêts de la masse créancière. Or comme nous l'avons déjà plusieurs fois souligné, seule la *lex fori* peut et doit se prononcer sur ce point.

De plus, il est difficile d'objecter que cette inopposabilité éventuelle est contraire à l'ordre public local. La possibilité de rendre inopposables certains actes et contrats faits et passés par le débiteur failli, dans un délai variable selon la loi applicable, et pour des raisons très précises, est prévue par toutes les législations qui règlementent la procédure de faillite (1).

Enfin l'application de la loi de situation des immeubles entraîne des effets contradictoires. La loi locale est incontestablement compétente pour régir les conséquences d'une faillite prononcée dans son ressort territorial mais elle ne peut pas s'appliquer aux effets d'une faillite étrangère. Dans ces conditions, il est difficilement concevable qu'on puisse la faire régir les effets d'une procédure organisée à l'étranger relatifs aux immeubles situés sur le territoire. Une telle solution risquerait d'étendre le domaine d'application de la loi locale à des hypothèses que le législateur n'a pas prévues. De même, la mise en œuvre de la *lex fori* entraîne un certain nombre de conséquences qui forment un tout et qui tendent toutes à maintenir une certaine éga-

(1) ROLIN, « Des conflits de lois en matière de faillite », *Académie de droit international, Recueil des cours*, 1926, IV, p. 78 et 79.

lité entre les créanciers. La même loi doit administrer ces effets. Il est impossible d'opérer une répartition des compétences entre la loi de la faillite d'une part, et la loi locale d'autre part (1).

Il est peut-être intéressant, toutefois, de souligner qu'il existe une exception à ce principe général. En Angleterre et en Autriche, la faillite prononcée à l'étranger ne peut produire aucun effet sur les immeubles situés dans ce pays. Les dispositions de la *lex fori* relatives à ces immeubles n'auront donc aucun effet dans ces Etats.

Mais la règle générale ainsi établie est-elle la même lorsque le débiteur a accordé un droit d'hypothèque sur ses biens à l'un de ses créanciers ?

#### 2° Le débiteur a accordé une hypothèque sur ses biens

Ce second problème fait apparaître un conflit entre la *lex fori*, d'une part, et la *lex rei sitae* d'autre part. Il importe donc de déterminer la loi compétente. La doctrine est très divisée sur ce point. Deux thèses opposées se sont affrontées.

### A. — Thèse favorable à l'application de la « lex rei sitae »

Plusieurs arguments ont été proposés par les partisans de ce système.

Tout d'abord, le point important n'est pas de déterminer si le débiteur failli pouvait, à une époque plus ou moins proche de l'ouverture de la faillite, accorder à l'un de ses créanciers un droit d'hypothèque qui présente toutes les garanties de validité. Cet acte ainsi fait est, en effet, incontestablement valable. Il importe simplement de préciser la date limite à laquelle le créancier a pu publier son droit et le rendre opposable aux tiers. Or ces mesures de publicité exigées sont étroitement liées au régime de la propriété, au régime hypothécaire d'un Etat. Elles doivent donc être régies par la *lex rei sitae*. De ce fait seule cette loi peut déterminer les formes selon lesquelles cette publicité peut être organisée et tout particulièrement les délais dans lesquels ces modalités doivent être exécutées (2).

Diéna cite également une hypothèse précise où, à son avis, seule la *lex rei sitae* est applicable. Un commerçant déclaré en faillite en France par le tribunal de son domicile a pu consentir une hypothèque à l'un de ses créanciers sur l'un de ses immeubles situé en Italie par un acte dont la validité ne peut pas être mise en doute. Or les dispositions de la loi italienne sont en contradiction avec l'article 479 du code de commerce français puisqu'elles précisent que l'inscription est valable si elle a été prise après la cessation des paiements mais avant la déclaration de faillite, même s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque et celle de l'inscription (3). Cependant, malgré cette opposition caractérisée, seule

---

(1) Travers, *Le droit commercial international*, Vol. VII, fasc. I, n° 11352.

(2) De Boeck, *Rev. dr. int. pr.*, 1913, p. 309 ; Diena, *Trattato*, III, p. 548 et 33, cf. Rolin, *op. cit.*, p. 82.

(3) Article 479 du Code de commerce français : « Néanmoins, les inscriptions prises après la date de la cessation des paiements, ou dans les 15 jours qui précèdent,

la *lex rei sitae* est compétente et cette inscription ne peut pas être déclaré inopposable à la masse puisque le créancier a observé les règles prescrites par la loi locale (1).

Ces différentes justifications, proposées par Diéna et reprises par De Boeck, suscitent certaines critiques. Celles-ci ont été faites par les auteurs favorables à l'application de la *lex fori*.

### B. — Thèse favorable à l'application de la « lex fori »

Tout d'abord, il semble que les partisans de la *lex rei sitae* n'ont pas été assez nuancés dans leurs appréciations. Le problème n'est pas de savoir si toutes les formalités prescrites par la *lex rei sitae* en vue de la publicité ont été remplies. Ce point n'est pas discuté. L'acte ainsi fait est incontestablement valable en la forme. Il importe simplement de déterminer si le créancier a frauduleusement causé un préjudice à la masse en demandant l'inscription tardive de ce droit sur un registre officiel. Si cette supercherie est établie, l'acte ainsi fait détruit l'égalité qui doit exister entre tous les créanciers. Il va dès lors à l'encontre de l'un des principaux buts recherchés par la procédure de faillite.

Certes, Diéna fait valoir que cette présomption ne peut être établie que par la *lex rei sitae*. Cette remarque serait justifiée s'il s'agissait de rechercher une fraude inhérente à la procédure d'inscription, en relation très étroite avec les formalités requises. Mais ce n'est pas la question puisque l'acte est présumé valable en la forme. Aussi seule la *lex fori* est capable d'apprécier si l'acte visé porte atteinte aux droits des créanciers. Elle doit préciser la date limite à partir de laquelle le débiteur ne peut plus valablement accorder un droit de gage ou d'hypothèque sur l'un de ses immeubles, et ce point n'est pas contesté. Il est donc normal qu'elle détermine également les délais au-delà desquels les formalités propres à l'inscription ne peuvent plus être remplies (2).

De même, dans la seconde hypothèse envisagée par Diéna la principale différence entre la *lex rei sitae* (la loi italienne) et la *lex fori* (la loi française) porte sur les délais dans lesquels l'inscription doit être prise. La loi de la faillite est plus restrictive que la loi de la situation des biens. En conséquence, seule celle-ci est applicable puisqu'elle est plus exigeante que la loi locale et de ce fait plus protectrice des intérêts des tiers (3).

---

peuvent être déclarées inopposables à la masse, s'il s'est écoulé plus de 15 jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque, nantissement ou du privilège et celle de l'inscription ». Certes, il est possible d'objecter que le législateur a prévu une exception dans l'article 479, alinéa 3, puisqu'il a déclaré que « ce dernier délai est augmenté de trente jours si le lieu où le droit a été acquis, ou le lieu où l'inscription est prise se trouve hors de France métropolitaine ». Il faut supposer, cependant, que la loi italienne est encore plus libérale.

(1) Voir De Boeck, *Rev. dr. int. pr.*, 1913, p. 311 ; Alb. Rolin, *op. cit.*, p. 83.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1283 ; Rolin, *op. cit.*, p. 82 ; Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. VI, 2e éd., p. 292 et 293.

(3) Rolin, *op. cit.*, p. 82 et 83.

## CHAPITRE IV

# EFFETS DE LA FAILLITE A L'ÉGARD DES PERSONNES QUI ENTENDENT SE PLACER EN DEHORS DE LA MASSE

Le grand principe d'égalité qui domine tout le droit de la faillite n'est pas absolu. Si tous les créanciers chirographaires ont les mêmes droits, certaines personnes entendent, cependant ne pas être traitées exactement de la même façon et ne pas être payées au marc le franc. Elles invoquent des droits particuliers sur des éléments de l'actif.

Trois catégories principales d'individus prétendent ainsi échapper à la loi du concours. La première estime bénéficier d'un droit de revendication, de rétention ou de compensation. Si l'exercice de ces actions soulève certaines difficultés en droit interne, le problème est encore plus délicat à résoudre lorsqu'il se pose dans un cadre international. Ces droits ne sont pas réglementés de la même manière dans tous les Etats. Or il se peut que les biens, objets de la réclamation ou de la rétention se trouvent dans un pays autre que celui où la faillite a été prononcée ou que la loi qui régit le contrat de dépôt ou de vente soit différente de la *lex fori*. Ces divergences au sein des législations nécessitent un choix en faveur de la *lex rei sitae*, de la *lex loci contractus* ou de la *lex fori*. L'option s'impose aussi lorsqu'une personne se prévaut d'un droit de compensation, mais les lois qui ont vocation à s'appliquer sont différentes. Il faut choisir entre la loi qui régit la créance et la loi de la faillite. Mais, dans ce cas, le conflit de lois se double d'un conflit de juridictions. Lorsque le jugement déclaratif de faillite émane d'une juridiction étrangère il faut déterminer si cette décision peut, avant qu'elle ait été rendue exécutoire en France, exercer une certaine influence sur le droit d'invoquer la compensation.

Des difficultés analogues se présentent lorsque la deuxième catégorie d'individus entend échapper à la loi d'égalité en invoquant des droits réels sur certains éléments du patrimoine du failli. Pour éviter des inégalités trop conséquentes, de nombreux législateurs ont restreint ou même supprimé les causes de préférence, privilèges ou hypothèques. Mais si le principe est admis dans l'ensemble des pays les modalités d'application varient selon les législations. Or, le bien grevé n'est pas toujours situé dans l'Etat où la faillite est prononcée. De ce fait dans la mesure où le droit allégué n'est pas régi de la même

manière par la *lex rei sitae* et par la *lex fori* il faut, d'une part, préciser quelle est la loi compétente et, d'autre part déterminer quel est le tribunal habilité à se prononcer sur les difficultés qui peuvent se présenter.

Les bénéficiaires de sûretés réelles ne sont pas, toutefois, les seuls qui voient leurs droits limités par suite de la déclaration en faillite du débiteur. Le conjoint du failli qui rentre dans la troisième catégorie des personnes qui revendiquent un régime particulier subit le même sort. Dans cette hypothèse la difficulté vient encore du fait que toutes les lois ne sont pas aussi sévères les unes que les autres à l'égard de la femme du failli. Le manque d'harmonie entre les différentes législations suppose un choix entre la loi qui régit les intérêts matériels des époux, la loi du lieu de situation des biens sur lesquels la femme possède certaines prérogatives et la loi de la faillite.

## Section I. — Excercice du droit de revendication, de rétention ou de compensation

### Sous-section I. — L'action en revendication

L'action en revendication permet au propriétaire d'un objet détenu par le failli de reprendre cette chose en établissant son droit de propriété. Généralement ce droit est facilement prouvé parce que le failli n'est qu'un simple détenteur précaire.

Mais, à côté de ce droit de revendication proprement dit, il existe une action réservée au vendeur d'objets mobiliers qui s'apparente étroitement à la revendication mais qui ne s'identifie nullement avec celle-ci. Elle s'exerce tant que les marchandises vendues ne sont pas entrées dans les magasins de l'acquéreur et elle est liée à l'idée que le crédit du débiteur failli n'a pas été augmenté et qu'il est juste d'éviter au vendeur de devoir supporter les effets désastreux de la faillite.

#### § 1. — EXERCICE DU DROIT DE REVENDICATION PROPREMENT DIT

Le principe du droit de revendication existe dans la plupart des législations mais les modalités d'application varient selon les Etats. Il est possible de déceler une double tendance. Certaines loi établissent un principe général et donnent ensuite des précisions sur les modalités d'application. Le code de commerce espagnol, par exemple, suit ce plan. L'article 908 dispose que « les marchandises, effets et biens de toute nature quels qu'ils soient, existant dans la masse de la faillite, dont la propriété n'aura pas été transférée au failli, en vertu d'un titre légal et irrévocable, seront considérés comme la propriété d'autrui et

mis à la disposition de leurs maîtres légitimes après vérification préalable faite dans l'assemblée des créanciers ou résultant d'une sentence définitive... » Et l'article 909 prévoit neuf hypothèses « réputées comprises dans les prescriptions de l'article précédent ».

En revanche, d'autres législateurs ont fait preuve de moins de rigueur et de méthode. Ils prévoient un certain nombre de cas et il faut en déduire un principe général. Ce système se retrouve dans les droits français et belge (1).

Ces divergences dans les modalités d'application font naître immédiatement une question. Quelle est la loi compétente pour régir ce droit de revendication ? Les biens, objets de la réclamation, peuvent être situés dans un autre pays que celui du lieu de la déclaration de la faillite ou le contrat de dépôt a pu être conclu dans un autre Etat. Il peut exister, de ce fait, un conflit entre la loi de la faillite et la *lex rei sitae*, d'une part, entre la *lex fori* et la loi du contrat, d'autre part.

### A. — Conflit entre la « lex fori » et la « lex rei sitae »

Plusieurs auteurs se prononçent en faveur de l'application de la *lex rei sitae* (2). Cette solution est préconisée également par le droit conventionnel. Le Congrès de Turin de 1880 s'est prononcé en ce sens. Le projet Roguin soumis à l'Institut de droit international lors de la session de Bruxelles en 1902 prévoyait que « les droits de revendication ou de distraction prétendus par des tiers sont appréciés et réglés suivant la loi du pays de la situation des biens, objets de ces réclamations ».

Ce principe ne se justifie pas. En effet, même si on admet que la *lex rei sitae* peut régir le rapport réel, seule la loi du contrat qui a conféré au débiteur la détention de l'objet doit préciser si la propriété n'était pas ou était acquise au failli à la date à laquelle le jugement déclaratif a été rendu (3). Mais, cette compétence réservée à la *lex rei sitae* est encore trop importante. Ce problème ne touche pas, en règle générale, à la constitution de la propriété ou à l'organisation du crédit. L'application de la loi de situation des biens, objets de la revendication n'est donc pas justifiée. Faut-il davantage tenir compte de la loi qui régit le contrat ?

### B. Conflit entre la « lex fori » et la loi du contrat

Dans cette hypothèse, il est difficile de proposer une solution générale. Selon les cas, seule la loi du contrat est compétente où il existe une compétence simultanée de la *lex loci contractus* et de la *lex fori*.

Tout d'abord, il ne faut pas oublier que la base de l'action en revendication est la qualité de propriétaire du revendiquant. Seule la loi du

---

(1) Article 546 et s. du Code de commerce français ; article 566 et s. de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851. Sur les conditions d'exercice de la revendication en droit français cf. Cass. com., 8 octobre 1963, D., 1964.J, p. 313.

(2) Asser, *Eléments de droit international privé*, n° 130 ; Jitta, *La codification du droit international privé de la faillite.*

(3) Valensi, *Répert. dr. int.*, t. VIII, V° Faillite, n° 269.

contrat doit permettre de prouver que le revendiquant est propriétaire en déterminant si la propriété était ou n'était pas transférée au débiteur failli à l'époque à laquelle la faillite a été déclarée (1).

Ce point établi, il est nécessaire de faire une distinction entre les différents droits de revendication. Diéna fait remarquer qu'il existe deux catégories de droits de revendication (2). Il y a tout d'abord le droit de revendication du droit commun qui est le seul véritable droit, dans le sens juridique du terme. C'est l'action intentée par une personne qui a conservé la propriété d'un objet en vue de reprendre cette chose détenue par un tiers. Il faut classer dans cette catégorie le droit reconnu par l'article 547 du code de commerce français : « Peuvent être revendiquées, aussi longtemps qu'elles existent en nature, en tout ou en partie, les marchandises consignées au débiteur soit à titre de dépôt, soit pour être vendues pour le compte du propriétaire ». Il en est de même dans l'hypothèse prévue par les articles 546 du code de commerce français, 566 de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851, et 909 alinéa 5 du code de commerce espagnol. Aux termes de ces articles, il est permis de revendiquer « en cas de faillite ou de règlement judiciare, les remises en effets de commerce ou autres titres non encore payés et qui se trouvent en nature dans le portefeuille du débiteur à l'époque de la faillite ou du règlement judiciaire, lorsque ces remises ont été faites par le propriétaire avec le simple mandat d'en faire le recouvrement et d'en garder la valeur à sa disposition, ou lorsqu'elles ont été, de sa part, spécialement affectées à des paiements déterminés ». La base de cette action est vraiment le droit de propriété. Seule la *lex loci contractus* est applicable (3).

Mais, à côté de ce droit de revendication dans le sens juridique du mot, il existe une action qui a son origine, son fondement dans la loi sur la faillite. Ainsi, l'article 547, alinéa 2 du code de commerce français permet au commerçant qui a déposé des marchandises chez le débiteur failli de revendiquer entre les mains de l'acquéreur le prix encore dû s'il n'a été « ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le débiteur et l'acheteur ». Ce droit est étroitement lié à l'état de cessation des paiements du débiteur failli. Il découle, il est un effet de la faillite. L'action n'a pas pour base le droit de propriété. Elle émane d'une situation entièrement étrangère à l'accord des parties. Dans cette hypothèse, il y a une compétence simultanée de la *lex loci contractus* et de la *lex fori*. Tout d'abord il faut vérifier si l'action exercée dérive du droit commun ou des règles particulières à la faillite. Puis, ce point précisé, la loi du contrat indique si le revendiquant était demeuré le propriétaire du bien.

Enfin, la *lex fori* précise si l'exercice de ce droit est permis et elle réglemente, elle régit la mise en œuvre de l'action (4).

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1289 ; Rolin, *op. cit.*, p. 118 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11419.

(2) Cf. Rolin, *op. cit.*, p. 117.

(3) Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11417 ; Weiss, *op. cit.*, t. VI, p. 290.

(4) Rolin, *op. cit.*, p. 118 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11417 ; Weiss, *op. cit.*, t. VI, p. 290.

Il ne faut pas oublier, toutefois, qu'il existe à côté de ces droits de revendication régis tantôt par la *lex loci contractus*, tantôt par la *lex fori* une action réservée au vendeur d'objets mobiliers. Quelle est la loi applicable dans ce cas ?

## § 2. — EXERCICE DE L'ACTION RÉSERVÉE AU VENDEUR D'OBJETS MOBILIERS

De nombreuses législations reconnaissent au vendeur d'objets mobiliers un droit de revendication lorsque ceux-ci n'ont pas encore été reçus par l'acheteur. Ce droit est consacré par les articles 549 du code de commerce français (1), 568 de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 (2) et 44 de l'ordonnance allemande du 10 février 1877 sur la faillite (3). En droit anglais, ce droit prend le nom de stoppage *in transitu* et le vendeur impayé peut l'exercer tant que les objets sont encore « in course of transit » (4). Ces actions sont liées à l'idée que le crédit apparent du débiteur failli n'a pas été augmenté. De ce fait, les autres créanciers n'ont pas pu être abusés par cette situation et il est normal que le vendeur échappe aux conséquences fâcheuses de la faillite.

Mais certains législateurs se sont montrés encore plus libéraux. Ils autorisent le vendeur d'objets mobiliers à intenter une telle action même lorsque le crédit apparent du débiteur est augmenté. Cette circonstance peut porter préjudice aux intérêts des autres créanciers qui ont pu imaginer que le patrimoine du failli était plus important qu'il ne l'est, en réalité. Le code de commerce espagnol présente cet inconvénient puisque l'article 909, alinéa 8, permet au vendeur de revendiquer « les marchandises vendues au failli au comptant et non encore payées en tout ou en partie, tant qu'elles se trouvent encore emballées dans les magasins du failli ou dans les conditions où s'est

---

(1) Le Tribunal de commerce d'Angoulême le 22 mars 1962 (*Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 915, n° 43, observ. Houin), a interprété d'une manière restrictive l'article 549 du Code de commerce, déclarant que la tradition était effectuée alors que les marchandises étaient parvenues à la gare de destination et que l'acheteur avait été avisé par un agent en douane qui déclarait les avoir reçues pour son compte et lui demandait les documents pour le dédouanement.

(2) Article 568 de la loi belge sur la faillite : « Pourront aussi être revendiqués les marchandises expédiées au failli, tant que la tradition n'en aura pas été effectuée dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour compte du failli. Loi du 31 mai 1890 : Néanmoins la revendication n'est pas recevable si, avant leur arrivée, les marchandises ont été vendues sans fraude, sur connaissements ou sur factures et lettres de voiture signées par l'expéditeur.

Le revendiquant devra respecter les droits du créancier gagiste saisi par un connaissement ou par une lettre de voiture ».

(3) Article 44 de l'ordonnance allemande du 10 février 1877 sur la faillite « Le vendeur ou le commissionnaire d'achat peut réclamer des marchandises qui ont été envoyées au failli d'un autre lieu et qui n'ont pas encore été payées intégralement par le failli, dans la mesure où elles ne sont pas déjà arrivées au lieu de livraison avant l'ouverture de la procédure et où elles ne sont pas sous la garde du failli ou d'une autre personne pour son compte ».

(4) Holland, *Elements of jurisprudence*, p. 29.

faite la livraison et en état d'être distinguées spécifiquement par les marques et les numéros des ballots et des colis ».

Le libéralisme de telles dispositions pose immédiatement un problème dans la mesure où la faillite est déclarée en France ou en Allemagne, par exemple, et lorsque ces biens, objets de la revendication, se trouvent en Espagne, ou lorsque le contrat de vente a été conclu dans cet état, ou enfin si le vendeur impayé a son domicile sur le territoire espagnol.

### A. — Conflit entre la « lex fori » et la « lex rei sitae »

Il semble très difficile d'appliquer la *lex rei sitae*. Cette action intentée par le vendeur impayé n'est pas une véritable revendication. Elle n'est pas exercée par une personne qui tend à obtenir la restitution d'une chose en établissant son droit de propriété. Il faut plutôt parler d'une résolution de la vente imputable à la déclaration de la faillite. Or, même lorsqu'il s'agit d'un vrai droit de revendication, dans le sens juridique du terme, toute compétence est déniée à la *lex rei sitae*. A plus forte raison, il doit en être ainsi lorsqu'il s'agit d'une action qui a sa base, son fondement dans la loi sur la faillite (1).

Mais, si le contrat de vente a été passé dans un état différent de celui où la déclaration de faillite a été prononcée doit-on davantage tenir compte de la *lex loci contractus* ?

### B. — Conflit entre la « lex fori » et la « lex loci contractus »

Si le contrat de vente a été conclu en Espagne, par exemple, et si la faillite est déclarée en France, il faut choisir entre la loi française, *lex fori*, et la loi espagnole, *lex loci contractus*, beaucoup moins sévère à l'égard du vendeur impayé que la loi de la faillite.

L'acheteur d'un objet est dans l'obligation d'en payer le prix. Lorsqu'il ne remplit pas cette condition, le vendeur peut demander la résolution de la vente (2). Cette possibilité accordée au vendeur impayé est une conséquence de la vente et, comme tous les effets découlant de ce contrat, comme tous les droits reconnus dans l'acte à l'un des contractants, elle doit être régie par la *lex loci contractus*.

Cette solution semble rationnelle, *a priori*. Cependant, il ne faut pas oublier qu'une telle résolution peut porter préjudice aux intérêts des autres créanciers si la loi du lieu de conclusion du contrat se montre moins restrictive que la *lex fori*. La résolution intéresse le crédit général et l'application de la *lex loci contractus* risque, dans certaines hypothèses, de violer le grand principe d'égalité qui domine tout le droit de la faillite. Il semble donc préférable d'admettre que seule la *lex fori*

---

(1) De Boeck. « Les conflits de lois en matière de droits réels », *Rev. dr. int. pr.*, 1913, p. 306.

(2) Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2e éd., t. X : « Contrats civils » par Hamel, Givord et Tunc, fasc. I, nos 159 et s. p. 181 ; Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil*, 1958, t. III, nos 1457 et s., p. 487.

doit régir, en matière de faillite, les restrictions apportées à la mise en œuvre de ce droit de résolution (1).

Les jurisprudences belge et française se sont prononcées en ce sens le 29 juin 1891 et le 6 mai 1904 (2). Le jugement rendu par le tribunal civil de la Seine est très intéressant sur ce point. Deux vendeurs belges d'effets mobiliers, Guinotte et Schmatzer, avaient obtenu du tribunal de commerce de Bruxelles, le 8 janvier 1903, l'allocation de dommages-intérêts pour inexécution d'une vente à livrer et demandaient que ce jugement soit déclaré exécutoire en France parce que la société défenderesse avait été déclarée en liquidation judiciaire par le tribunal de commerce de la Seine. La juridiction saisie déclara « qu'ayant profité de la faveur spéciale qui lui est accordée par l'article 577 du code de commerce vis-à-vis de la masse des créanciers, il (le vendeur d'effets mobiliers) ne saurait invoquer contre cette même masse, afin d'obtenir le paiement de dommages-intérêts, le bénéfice d'articles du code civil uniquement applicables dans les rapports du vendeur et de l'acheteur ; que les dispositions des articles du code de commerce, relatifs à la faillite et à la liquidation judiciaire, sont d'ordre public en France, en vue du maintien de l'égalité entre tous les créanciers... ; qu'il n'est pas admissible que Guinotte et Schmatzer, tous deux belges, aient dans une liquidation judiciaire française plus de droits que n'en auraient des créanciers français ; qu'il n'y a lieu, par suite, d'accorder l'exequatur du jugement du tribunal de commerce de Bruxelles ».

Mais, le débiteur failli peut avoir revendu les marchandises avant leur arrivée dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour son compte. Cette revente exerce une certaine influence sur le droit de revendication du vendeur impayé. Ce problème a été envisagé par l'ensemble des législations. Les législateurs ne l'ont pas, cependant, résolu de la même manière. Les articles 549, alinéa 2, du Code de commerce français et 568, alinéa 2, de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 précisent que « la revendication n'est pas recevable si, avant leur arrivée, les marchandises ont été vendues sans fraude, sur factures ou titres de transport réguliers ». Par contre, certaines dispositions législatives étrangères sont moins restrictives. Ainsi, en droit hollandais, si les marchandises ont été achetées sans fraude par un tiers sur facture et sur connaissement pendant qu'elles sont en transit, le vendeur primitif a le droit, tant que le paiement n'est pas effectué, de le réclamer à l'acheteur jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû et il a un privilège sur cette somme qui ne peut pas être confondue avec la masse du failli. Dans cette hypothèse, il faut encore choisir entre la loi hollandaise, par exemple, *lex loci contractus*, si le contrat de revente a été conclu dans ce pays, et la loi belge, *lex fori*,

(1) De Boeck, « Les conflits de lois en matière de droits réels », *Rev. dr. int. pr.* 1913, p. 307 ; Despagnet, *Précis de droit international privé*, 5e éd., n° 434 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 5e éd., t. VIII, n° 1291 ; Valensi, *Répert. dr. int.*, t. VIII, V° Faillite, n° 271 ; Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2e éd., t. VI, p. 290.

(2) Cour de Bruxelles, 29 juin 1891, *Clunet*, 1893, p. 226 ; Trib. civ. Seine, 6 mai 1904, *Clunet*, 1904, p. 691.

si la faillite a été prononcée dans cet Etat. Là encore, les dispositions de la *lex fori* sont d'ordre public comme le précise le jugement rendu par le tribunal civil de la Seine, le 6 mai 1904. Elles tendent à maintenir une certaine égalité entre tous les créanciers. Il ne faut donc pas prendre en considération les particularités de la *lex loci contractus* (1).

Cependant, une précision supplémentaire s'impose. Il règne un désaccord au sein des différentes législations lorsqu'il s'agit de déterminer si la tradition est nécessaire pour que la vente transmette la propriété de la chose, ou si elle est transférée de plein droit à l'acquéreur par l'effet du contrat, même si la chose n'a pas été livrée.

L'article 1583 du Code civil français dispose que « la vente est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé » (2).

Au contraire, les articles 929 et suivants du code civil allemand, 1495 du code civil hollandais exigent la tradition. Et une décision récente du tribunal hollandais d'Arrhen a bien mis cette particularité en valeur (3). Il est important de préciser ce point et de déterminer quelle est la loi compétente pour résoudre ce problème. Si la propriété ne peut se transférer que par la tradition le vendeur impayé dispose d'un vrai droit de revendication. Son action n'est plus une conséquence de la déclaration de la faillite. En l'espèce, seule la *lex loci contractus* doit donner une réponse (4).

En définitive, il ne faut pas dénier toute compétence à la loi du contrat. Il est plus sage d'être nuancé et de procéder par étapes. En premier lieu, la *lex loci contractus* indique si la propriété de l'objet a été transférée. En second lieu, dans l'affirmative, le vendeur impayé peut intenter une action en revendication et la *lex fori* précise les conditions nécessaires à l'exercice de ce droit.

Enfin, il reste une troisième hypothèse à envisager, un troisième conflit de lois éventuel à résoudre, lorsque le domicile du vendeur impayé est situé sur un territoire différent de celui où la faillite est prononcée. Dans ce cas, il existe parfois des différences entre la *lex fori* et la loi du domicile du vendeur. Cette dernière peut réglementer d'une façon spéciale la mise en œuvre de ce droit de revendication reconnu au vendeur impayé ou être la seule à l'admettre. Il faut choisir entre ces deux lois, déterminer quelle est la loi applicable.

### C. — Conflit entre la « lex fori » et la loi du domicile du vendeur

Plusieurs auteurs préconisent l'application de la loi du domicile du vendeur. Westlake (5) se prononce en ce sens. Von Bar semble encore

---

(1) Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11422.

(2) Cf. Henri, Léon et Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. III, n° 899, p. 760.

(3) Trib. Arrhen, 29 novembre 1955, *N.J.*, 1956, p. 231.

(4) Rolin, « Des conflits de lois en matière de faillite », *Académie de droit international, Recueil des cours*, 1926, IV, p. 120.

(5) Westlake, *Private international law*, p. 193.

plus restrictif puisqu'il estime que cette loi est encore compétente, même lorsque le droit de revendication n'est admis que par cette dernière. Et il justifie son point de vue par le fait que le vendeur a dû tenir compte de cette possibilité lorsqu'il a passé le contrat de vente.

Cet argument n'est pas déterminant. D'une part, pourquoi prendre seulement en considération l'intention présumée du vendeur ? D'autre part, ce droit de revendication peut être exercé dans la mesure où il influe uniquement sur les relations du vendeur et de l'acheteur. Dans le cas présent, il y a un troisième intérêt en jeu puisque cette action peut porter préjudice à l'ensemble des créanciers. Il est donc normal que ce droit qui n'est pas un vrai droit de revendication et qui intéresse le crédit public ne soit reconnu au vendeur que dans la mesure où la *lex fori* l'admet.

Mais, il ne faut pas oublier que la loi reconnaît également au vendeur d'objets mobiliers, à côté de ce droit de revendication qui pose de nombreux problèmes, un droit de rétention « des marchandises par lui vendues, qui ne sont pas délivrées au débiteur, ou qui n'ont pas encore été expédiées, soit à lui, soit à un tiers pour son compte » (1).

## Sous-section II. — Le droit de rétention

Le droit de rétention consacré par l'article 550 du code de commerce français se retrouve dans les législations belge et allemande (2). Mais, si les législateurs français et belge ont réglementé l'exercice de ce droit de rétention de la même manière, le droit allemand a une conception beaucoup plus libérale, beaucoup plus extensive de celui-ci et il autorise sa mise en œuvre dans de très nombreuses hypothèses. Cette divergence entre les différentes législations présente des inconvénients. Elle peut être à l'origine d'un conflit entre la *lex fori*, loi française ou belge si la faillite a été prononcée dans ce pays, la *lex rei sitae*, loi allemande, si les marchandises se trouvent en Allemagne, et la *lex loci contractus* si le contrat a été conclu dans un troisième Etat.

Diéna (3) préconise l'application de la *lex rei sitae* et Rolin partage également cette opinion (4). D'après ces auteurs, le droit de rétention présente les caractères d'un privilège. Or les privilèges sont régis en général par la loi du lieu de situation de l'objet. Cette solution semble discutable. Le privilège doit être accordé par la loi qui régit le contrat. Il n'a aucune existence, il ne peut pas être pris en considération s'il n'est pas consacré par cette loi. La *lex rei sitae* peut avoir une puissance restrictive, elle peut refuser de tenir compte d'un privilège qui est contraire à son ordre public, par exemple, mais elle n'a pas la puissance génératrice du droit. Il ne faut donc pas tenir compte de la sûreté revendiquée si elle n'est pas reconnue par la *lex loci contractus*.

---

(1) Article 550 du Code de commerce français.
(2) Article 570 de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851.
(3) Cf. Rolin, *op. cit.*, p. 121.
(4) Rolin, *op. cit.*, p. 121.

De plus, en ce domaine, la *lex fori* a moins de raison de s'appliquer. Le crédit apparent du failli n'a pas été augmenté puisque les marchandises n'ont pas été livrées et les autres créanciers n'ont pas pu être trompés. Il est donc normal de reconnaître ce droit au vendeur lorsque la *lex loci contractus* le permet (1).

On serait peut-être tenté de nous reprocher un certain manque de rigueur juridique, un certain illogisme. En effet, lorsque le contrat de vente a été conclu dans un pays différent de celui où la faillite a été prononcée, nous préconisons l'application de la *lex fori* pour régir l'action en revendication du vendeur d'objets mobiliers lorsque ceux-ci sont encore en transit. Or dans une hypothèse presque similaire nous nous prononçons en faveur de la *lex loci contractus*. La situation n'est pas, cependant, tout à fait identique. Dans les deux cas le vendeur impayé n'a plus la propriété des marchandises mais, contrairement à la première hypothèse, le vendeur qui exerce son droit de rétention a encore les biens en sa possession. Or l'application de la *lex fori*, lorsque le vendeur intente une action en revendication, tend à protéger l'ensemble des créanciers des dispositions trop libérales de certaines lois, telles que la loi espagnole, qui admettent l'exercice de ce droit même lorsque le crédit apparent du débiteur a été augmenté. Dans l'espèce présente, un tel danger ne peut pas exister puisque les biens n'ont pas quitté les magasins du vendeur. De ce fait, les créanciers, comme nous l'avons déjà souligné, ne peuvent pas objecter qu'ils ont été abusés.

Il ne faut pas omettre de signaler, toutefois, que le droit de rétention n'est pas le seul droit de préférence dont disposent certains créanciers qui ne peuvent pas invoquer un privilège ou une hypothèque puisqu'ils ont la possibilité de faire jouer, dans certaines hypothèses, la compensation.

## Sous-section III. — Le droit de compensation

L'exercice par l'un des créanciers du droit de compensation pose deux problèmes. En premier lieu, les différentes législations ne réglementent pas la mise en œuvre de ce droit de la même façon. Dès lors, il peut exister un conflit entre la *lex fori* et la loi qui régit la créance. En second lieu, si la faillite a été déclarée à l'étranger quelle est l'influence d'une telle mesure, avant toute instance d'exequatur, sur la possibilité d'opposer la compensation ?

### § 1. — CONFLIT ENTRE LA LOI QUI RÉGIT LA CRÉANCE ET LA « *LEX FORI* »

La détermination de la loi compétente pour régir ce droit de compensation est d'autant plus difficile qu'il règne déjà un désaccord au sein de la doctrine et de la jurisprudence en ce domaine même lorsqu'il n'y a

(1) TRAVERS, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11417.

eu aucune déclaration de faillite (1). Certains auteurs préconisent l'application de la *lex fori* lorsqu'il s'agit d'une compensation judiciaire ou d'une compensation légale qui n'opère que par la production d'une exception en justice (2). D'autres se prononcent en faveur de la loi du pays où s'est produit le fait qui donne naissance à la compensation, c'est-à-dire celle du pays où le débiteur devient à son tour créancier de la personne envers laquelle il était obligé (3). La majorité de la doctrine propose une troisième solution. Elle estime que ce droit de compensation ne peut être invoqué que s'il est admis par la loi qui régit la créance la plus ancienne et par celle qui régit la créance la plus récente (4). Au contraire, Céretti pense que seule la loi de la créance dont l'exécution est réclamée peut déterminer si la compensation peut être exercée (5). Enfin, Zitelmann prend en considération la loi nationale des deux parties (6).

Cette divergence d'opinions ne doit pas, cependant, susciter un certain découragement car il est très important de préciser quelle est la loi applicable pour régir ce droit de compensation invoqué par l'un des créanciers lorsque la faillite a été prononcée. En effet, il n'est pas réglementé de la même manière par toutes les législations.

En droit français, la déclaration de faillite empêche, en règle générale, la compensation entre une créance sur le failli et une dette envers lui. Toutefois, quelques exceptions sont tolérées. L'effet de la compensation légale est acquis, lorsqu'elle a pu jouer avant la faillite, même si aucune des parties n'a fait une déclaration sur ce point. De même, la jurisprudence admet aussi la compensation en cas de dettes connexes. Si les deux dettes résultent du même contrat, elles se servent de garantie réciproque puisque l'un des contractants pourrait refuser de s'exécuter si l'autre ne s'exécutait pas (7).

Les dispositions de la loi allemande sont, par contre, beaucoup plus libérales. Aux termes de l'article 54 de l'ordonnance du 10 février 1877 sur la faillite « la compensation n'est pas exclue parce que, lors de l'ouverture de la procédure, les créances compensables ou l'une d'entre elles n'étaient pas encore échues ou étaient encore conditionnelles ou parce que les créances du créancier ne consistaient pas dans une somme d'argent ; la créance du créancier non encore échue doit être

---

(1) Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, 1938, nos 563 et s.

(2) Despagnet, *Précis de droit international privé*, 5e éd., p. 920, no 316 ; Valery, *Manuel de droit international privé*, no 700, p. 1008.

(3) Despagnet, *op. cit.*, p. 920, no 316, lorsqu'il s'agit d'une compensation légale opérant *ipso jure* ; Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. IV, 2e éd., p. 395.

(4) Arminjon, *Précis de droit international privé*, 3e éd., t. II, no 155, p. 401 ; Batiffol, *op. cit.*, no 567, p. 450 ; Pillet, *Traité*, 2e éd., no 398 ; De Vareilles-Sommières, *La synthèse du droit international privé*, t. I, p. 253.

(5) Cf. Arminjon, *op. cit.*, no 155, p. 401.

(6) Zitelmann, *Internationales privatrecht*, t. II, p. 398.

(7) Escarra, *Cours de droit commercial*, p. 1078, no 1533 ; Cass. civ., 25 mai 1943, *D. crit.*, 1944, p. 25, note Besson ; Cass. civ., 16 mars et 13 juillet 1942, *D. crit.*, 1944, p. 1, note Cheron ; Cass. com., 11 mai 1960, D., 1960,J, p. 573, *Rev. trim. dr. com.*, 1960, p. 899, observ. Houin ; Cass. com., 6 mars 1962, *Gaz. Pal.*, 1962, 13-15 juin, *Rev. trim. dr. com.*, 1962, p. 480, observ. Houin.

calculée pour la compensation d'après les prescriptions de l'article 65 ; pour compenser une créance sous condition suspensive lors de la survenance de la condition, le créancier peut demander une prestation de sûretés dans la mesure où la créance est équivalente à la dette qu'il doit payer ; la créance du créancier qui n'est pas évaluée en argent doit être calculée d'après les prescriptions des articles 69 et 70 aux fins de compensation ».

Dès lors, il y a des difficultés et un conflit naît si la créance est régie par la loi allemande, par exemple, et si la faillite est ouverte en France. Il faut choisir entre ces deux lois. Les auteurs qui ont essayé de résoudre ce problème donnent des solutions divergentes. Internoscia, tout d'abord, estime qu'il suffit que la compensation « soit admise par la loi qui régit celle des deux obligations qui a été contractée la dernière ou bien par la loi qui règle la faillite » (1). Rolin préconise, au contraire (2), d'appliquer la loi de la faillite. Travers (3), enfin, critique à juste titre les deux thèses précédentes et propose une solution plus rationnelle et plus juridique. L'application de la loi la plus libérale proposée par Internoscia n'est pas justifiée. La mise en œuvre du droit de compensation confère à celui qui l'exerce un avantage certain. Il est payé intégralement alors que, normalement, il ne devrait percevoir qu'un dividende plus ou moins intéressant selon l'importance du passif. Un tel droit de préférence est contraire au grand principe d'égalité qui domine tout le droit de la faillite. Il ne peut être invoqué que dans la mesure où la *lex fori* l'admet et le reconnaît.

Il ne faut peut-être pas, cependant, se montrer aussi restrictif que Rolin. La loi de la faillite doit avoir surtout un rôle négatif afin d'assurer une répartition équitable entre tous les créanciers. Elle doit restreindre ou refuser l'exercice d'un droit qui violerait cette règle. Mais celui-ci doit être admis par la loi normalement applicable. En d'autres termes, celle-ci se prononce sur l'existence de ce droit et la *lex fori* précise les modalités d'application.

Telle est la règle à observer lorsque la créance est régie par une loi étrangère et lorsque la faillite est déclarée en France. Mais, la situation inverse peut aussi exister. La faillite a été prononcée à l'étranger et le jugement n'a pas été rendu exécutoire en France. Cette mesure est-elle un obstacle à la mise en œuvre du droit de compensation en France ?

## § 2. — CONFLIT DE JURIDICTIONS

Ce problème a été résolu par la Cour de Cassation, le 26 juin 1905 (4). Un sujet français, créancier d'un commerçant ayant le siège de ses affaires à l'étranger, était devenu débiteur, en France, de ce même

(1) J. Internoscia, *Nouveau Code de droit international*, 1910, article 3443.
(2) Rollin, *op. cit.*, p. 122.
(3) Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11449.
(4) Cass. civ., 26 juin 1905, D., 1905.I.513, conclusion du Procureur général Baudouin et note de Thaller ; en sens contraire : Paris, 18 février 1888, *Ann. dr. com.*, 1888, p. 134.

commerçant postérieurement au jugement qui avait prononcé à l'étranger la faillite de celui-ci, et avant toute décision française d'exequatur. La juridiction Suprême a estimé qu'il avait, poursuivi en paiement de ladite dette par le syndic de la faillite, opposé, à bon droit, la compensation, aux motifs « qu'il résulte de la combinaison des articles 2123 du Code Civil et 546 du code de procédure civile que les jugements rendus par les tribunaux étrangers ne peuvent produire aucun effet en France, tant qu'ils n'ont pas été déclarés exécutoires par les tribunaux français ; qu'aucune disposition de la loi n'a excepté de cette règle générale les jugements déclaratifs de faillite ; qu'en décidant, dans ces circonstances, que l'état de faillite de Frédéric Richer devait être considéré comme non avenu en France à l'époque où s'était opérée la compensation litigieuse et ne pouvait empêcher Détouche d'invoquer ce mode de libération, l'arrêt attaqué n'a violé aucune loi ».

Mais, à côté de ces créanciers qui peuvent disposer d'un droit de préférence résultant, soit d'un droit de rétention, soit d'une compensation, il existe une autre catégorie de créanciers qui prétendent échapper à la règle du marc le franc en se prévalant d'une sûreté.

## Section II. — Les créanciers prétendent bénéficier d'une sûreté

L'étude des droits réels allégués par certaines personnes sur des éléments d'actif suppose une double distinction préalable. La sûreté peut, d'une part, être revendiqué par un créancier, personne physique, ou par un état. Le droit invoqué peut, d'autre part, être soit une sûreté réelle terrestre, soit une sûreté réelle maritime.

### Sous-section I. — Le créancier se prévaut d'une sûreté réelle terrestre Conflit de lois et conflit de juridictions

#### I. — CONFLIT DE LOIS : CONFLIT ENTRE LA LOI QUI RÉGIT L'OBLIGATION, LA « *LEX REI SITAE* » ET LA « *LEX FORI* »

Le créancier qui possède une sûreté réelle se trouve en conflit avec la masse car il n'est pas soumis au grand principe de l'égalité qui domine tout le droit de la faillite. Celui-ci ne se montre pas particulièrement libéral à l'égard de ces sûretés. Cependant, il ne peut pas refuser de les admettre, de les reconnaître car certains privilèges garantissent des créances que le législateur protège d'une façon toute particulière

ou sont indispensables au crédit. Il est donc très important de préciser quelle est, par rapport à la masse de la faillite, la situation des créanciers privilégiés ou hypothécaires et de déterminer quelle loi doit régir les formalités de publicité à accomplir, les effets de ces droits de préférence, les rangs des diverses créances et les causes d'extinction de ces droits.

La question est très controversée. Trois thèses ont été proposées et se sont affrontées. La première préconise d'appliquer exclusivement la *lex rei sitae*. La seconde estime que seule la *lex fori* est compétente La troisième, enfin, propose un moyen terme et recommande une application simultanée de la *lex rei sitae* et de la *lex fori*.

## § 1. — COMPÉTENCE EXCLUSIVE DE LA « *LEX REI SITAE* »

Il faut noter tout d'abord que la majorité des auteurs ne dénie pas toute compétence à la loi de la situation des biens. Au contraire, elle lui reconnaît un rôle très important en le limitant, cependant, à un certains nombre d'hypothèses bien déterminées (1).

Ainsi, il est incontestable que la détermination des droits réels reconnus dans un état est étroitement liée à l'organisation de la propriété dans cet état. Elle relève, de ce fait, de la loi du lieu où le bien se trouve. Celle-ci doit se prononcer sur l'existence, sur la réalité du droit invoqué. Elle décide, aussi, si tel bien peut être grevé d'hypothèque et s'il doit être rangé dans la catégorie des meubles ou des immeubles. Enfin, la loi de la situation précise les conditions de forme et de publicité qui doivent être observées. Ainsi, une hypothèque conventionnelle constituée sur un immeuble situé en France par un acte passé en pays étranger ne produit pas d'effet « s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités » (2). Et les mêmes dispositions se retrouvent dans l'article 77 alinéa 1er, de la loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851 qui prévoit, cependant, un aménagement supplémentaire « lorsque les actes qui en contiennent la stipulation auront été revêtus du visa du président du tribunal civil de la situation des biens (3). De même, le tribunal consulaire de Tientsin a jugé, a bon droit, « que la procédure de faillite est régie par la *lex fori* ; que néanmoins pour la détermination des causes légitimes de préférence les difficultés qui surgissent en matière de statut réel relèvent de la *lex rei sitae* ; que spécialement tel est le cas des conditions à exiger du gagiste pour qu'il ait, sur les meubles af-

(1) ROLIN, *op. cit.*, p. 94 ; DE BOECK, « Les conflits de lois en matière de droits réels dans le cas de faillite », *Rev. dr. int. pr.*, 1913, p. 301 ; TRAVERS, *op. cit.*, fasc. I, Vol. VII, nos 11428, 11431.

(2) Article 2128 du Code civil.

(3) Article 77, alinéa 1er, de la loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851 : « A défaut de dispositions contraires dans les traités ou dans les lois politiques, les hypothèques consenties en pays étranger n'auront d'effet, à l'égard des biens situés en Belgique, que lorsque les actes qui en contiennent la stipulation auront été revêtus du visa du président du tribunal civil de la situation des biens ».

fectés à la sûreté de sa créance, un droit de préférence opposable aux tiers » (1).

Dans ces hypothèses, seule la *lex rei sitae* est applicable puisque ces problèmes se posent lorsqu'il y a une déclaration de faillite, mais ils ne découlent pas de cette mesure et ils ne sont pas résolus par le droit de la faillite. Il est préférable de raisonner comme si la faillite n'avait pas été prononcée.

Il est regrettable, cependant, que certains auteurs en restent là. Ils préconisent d'appliquer exclusivement la loi de la situation du bien. Toutefois, cet accord sur le principe cache certaines divergences dans l'application. Les uns veulent que tous les privilèges soient régis par la *lex rei sitae*. Les autres sont plus restrictifs. Ils préfèrent limiter le domaine d'application de la loi de situation à certaines sûretés.

### A. — Application de la « lex rei sitae » à tous les privilèges

Cette thèse a été défendue par Despagnet (2). Il estime que « la détermination de l'ordre de préférence des créanciers hypothécaires et privilégiés, ainsi que les restrictions du droit de préférence en cas de faillite du débiteur... intéressent particulièrement le crédit public et qu'on devra donc, pour tous ces points, appliquer exclusivement la *lex rei sitae* ».

Cette opinion n'est d'ailleurs pas propre à quelques auteurs puisqu'elle se retrouve dans le droit conventionnel. Ainsi, cette solution a été consacrée par le Congrès juridique de Turin de 1880 (art. 4), le Code Bustamante (art. 420) (3) et la Convention franco-italienne du 3 juin 1930 (4).

Certains auteurs apportent, cependant, quelques aménagements à cette thèse et restreignent la compétence de la loi de la situation à certains privilèges.

### B. — Application de la « lex rei sitae » à certains privilèges

Deux auteurs, Diéna et de Boeck (5), se montrent plus nuancés. Ils conçoivent fort bien que la *lex rei sitae* ne soit pas applicable à tous les privilèges. Le premier limite son domaine d'application aux privilèges spéciaux, le second aux droits de préférence immobiliers.

Diéna, tout d'abord, estime que les privilèges spéciaux comme les

---

(1) Tribunal consulaire de France à Tientsin, 4 octobre 1920, *Clunet*, 1923, p. 148.

(2) Despagnet, *Précis de droit international privé*, 5e éd., n° 434, p. 1220.

(3) Article 420 du Code Bustamante « les actions réelles et droits de même nature restent soumis, nonobstant la déclaration de faillite ou de déconfiture, à la loi de la situation des biens qu'ils concernent et à la compétence des juges du lieu où se trouvent ces biens ».

(4) Article 24, alinéa 3, de la convention franco-italienne du 3 juin 1930 « les privilèges et droits de préférence, établis sur les biens meubles ou immeubles, sont régis par la loi de l'État sur le territoire duquel ces biens sont situés. Toutefois, il n'est rien stipulé en ce qui concerne les navires ».

(5) De Boeck, *op. cit.*, *Rev. dr. int. pr.*, 1913, p. 303 ; Diena, Cf. Rolin, *op. cit.*, p. 101.

hypothèques sont des sûretés grevant des biens précis et définis. Ce droit réel ne peut se localiser que dans l'état où le bien est situé. Dès lors, selon ce même auteur, si, en principe, la *lex fori* détermine les modes de répartition de l'actif entre les différents créanciers, il faut également prendre en considération la *lex rei sitae* pour préciser si certaines créances bénéficient de garanties particulières. Enfin, il tente de justifier son point de vue en se référant à l'interprétation de l'article 6 de la convention franco-suisse du 15 juin 1969 donnée par Brocher et Roguin puisque, selon ces auteurs, ledit traité ferait une distinction entre les privilèges généraux, d'une part, et les privilèges spéciaux, d'autre part.

De Boeck, également, restreint la compétence de la *lex rei sitae* mais son critère de distinction n'est pas le même. Il ne prend pas en considération les privilèges généraux et les privilèges spéciaux, mais soumet les droits de préférence mobiliers et immobiliers à un régime différent. Seuls les droits de préférence immobiliers doivent être régis par la *lex rei sitae*. Il reprend les arguments avancés par Despagnet, en limitant, toutefois, leur domaine d'application (1). Il invoque également à l'appui de sa thèse l'article 6, alinéa 5, de la convention franco-suisse du 15 juin 1869 aux termes duquel « quant aux prix des immeubles, la distribution entre les ayants-droit sera régie par la loi du pays de leur situation. En conséquence, les créanciers français ou suisses qui se seront conformés aux lois du pays de la situation des immeubles pour la conservation de leurs droits de privilège d'ou d'hypothèque, sur lesdits immeubles, seront, sans distinction de nationalité, colloqués sur le prix des biens qui leur appartiendra d'après la loi du pays de la situation des dits immeubles ».

Mais ces auteurs qui préconisent l'application exclusive de la *lex rei sitae* dans certains cas, se prononcent également en faveur de la *lex fori* dans d'autres hypothèses.

## § 2. — COMPÉTENCE EXCLUSIVE DE LA « *LEX FORI* »

Diéna (2) et de Boeck (3) estiment que la loi de la faillite doit être prise en considération, mais là encore ils se réfèrent à des critères de distinction différents.

Le premier déclare que la *lex fori* est applicable en matière de privilèges généraux. Ceux-ci ne portent pas sur un objet défini, déterminé, mais grèvent un certain nombre de biens qui composent le patrimoine du débiteur considéré comme une unité ayant son siège au domicile du propriétaire ou à son principal établissement. Or c'est à cet endroit que la faillite est déclarée en cas de cessation des paiements. Dès lors, il est normal que ces privilèges généraux soient régis, lorsque cette mesure est prononcée, par la loi en vigueur au siège de ce domicile ou principal établissement.

---

(1) Cf. *supra* A, application de la *lex rei sitae* à tous les privilèges.
(2) Diena, cité par Rolin, *op. cit.*, p. 101.
(3) De Boeck, *op. cit.*, *Rev. dr. int. pr.*, 1913, p. 303.

Le second pense que les droits de préférence mobiliers doivent être réglementés par la loi de la faillite. En effet, en règle générale, le prix des biens meubles est réparti par le syndic de la faillite entre tous les créanciers, conformément à la loi en vigueur dans le pays où cette mesure a été déclarée. Ainsi ce principe se retrouve, par exemple, dans l'article 6 alinéa 4 du traité franco-suisse du 15 juin 1869 (1). Cependant, de Boeck apporte immédiatement certaines réserves à la mise en application de la *lex fori*. En premier lieu, il faut se reporter à la *lex rei sitae* lorsqu'il s'agit d'un problème concernant le crédit public. Ainsi, elle doit préciser si tel privilège mobilier a été régulièrement constitué, s'il est en conformité avec les dispositions de la loi du lieu de la situation du meuble (2). En second lieu, seule elle peut préciser si la déclaration de faillite limite l'exercice par un créancier d'un droit de préférence sur certains meubles.

L'étude de ces différentes thèses, qu'elles se prononcent en faveur de la *lex rei sitae* ou en faveur de la *lex fori*, permet de formuler plusieurs critiques. L'apparente rigueur du raisonnement cache, semble-t-il, une construction incomplète, articicielle. Toutes ces théories laissent apparaître un désir de systématisation poussé à l'extrême avec les conséquences fâcheuses qu'il entraîne. Ces auteurs ne sont pas sensibles aux nuances, à la subtilité de certaines situations et leur désir de trop simplifier ne leur permet d'entrevoir qu'un aspect du problème.

Ces erreurs d'appréciation ont d'ailleurs été décelées par une partie de la doctrine qui fait un certain nombre de remarques justifiées, il faut en convenir, et propose un moyen terme, en préconisant l'application simultanée de la *lex rei sitae* et de la *lex fori*.

## § 3. — COMPÉTENCE SIMULTANÉE DE LA « *LEX FORI* » ET DE LA « *LEX REI SITAE* »

Il importe, toutefois, avant d'étudier et de porter une appréciation sur cette troisième thèse, d'essayer de déterminer les vices propres des deux solutions précédentes.

Despagnet, tout d'abord, préconise l'application exclusive de la *lex rei sitae* (3). Un tel principe est trop absolu. La loi du lieu de la situation d'un bien peut limiter, exclure un privilège. Elle doit être seule consultée lorsqu'il s'agit de l'organisation même de la propriété mobilière ou immobilière. Elle précise quels droits réels peuvent être

---

(1) Article 6, alinéa 4, du traité franco-suisse du 15 juin 1869 : « Le prix des biens meubles et les sommes et créances recouvrées par le syndic dans le pays d'origine du failli seront joints à l'actif de la masse chirographaire au lieu de la faillite et partagés avec cet actif, sans distinction de nationalité, entre les créanciers conformément à la loi du pays de la faillite ».

(2) A ce sujet, le Tribunal civil de la Seine, le 2 avril 1903 et la Cour de Paris, le 1er juin 1906, ont estimé que si un gage sur des meubles situés en France n'a pas été constitué régulièrement eu égard aux prescription de la loi française, il est inefficace en France au regard des tiers et ne saurait permettre l'exercice d'un privilège, *Clunet*, 1907, p. 135.

(3) Despagnet, *Précis de droit international privé*, 5e éd., nº 434, p. 1220.

créés et quelles conditions de forme et de publicité doivent être remplies. Et si les dispositions de la loi du pays où la faillite a été déclarée sont plus libérales que celle de la *lex rei sitae*, mais si au regard de cette dernière le privilège invoqué n'a aucune existence, aucune réalité, il ne peut pas être pris en considération puisqu'en ce domaine la loi de la situation est juge souverain.

Il ne faut pas oublier, toutefois, que l'hypothèse inverse existe aussi. Souvent, la *lex fori* est plus restrictive que la *lex rei sitae*. Dans ce cas, suffit-il que le droit réel visé soit admis, reconnu par la loi du lieu de la situation du bien ? Il est difficilement concevable que sa puissance génératrice du droit soit aussi grande que sa puissance restrictive (1).

De plus, le crédit public exige-t-il vraiment que seule la loi du lieu où est situé le bien grevé décide de tous les problèmes concernant les sûretés réelles accordées sur ce bien par le débiteur ? Une telle argumentation n'est pas acceptable. En premier lieu, cette solution conduit à faire préciser les conséquences, les effets d'une faillite sur certaines choses par une loi qui n'est pas celle qui la régit. En second lieu, il n'est pas exact que la mise en œuvre de la *lex fori* entraîne, dans certaines hypothèses, une violation de l'ordre public local. Si le problème est envisagé concrètement, une pareille objection ne vaut pas. Généralement, seules les sociétés commerciales importantes possèdent des biens sur un territoire autre que celui sur lequel la faillite a été prononcée. En effet, le commerçant, personne physique, a, en principe, un patrimoine limité à l'état dans lequel il possède son domicile. Dès lors, le créancier d'une grosse entreprise peut et doit prévoir que son débiteur peut être déclaré en faillite dans un autre pays et que la loi applicable sera peut-être moins libérale que celle qui régit sa sûreté. De ce fait, si cet évènement est prévisible, il est très rarement possible de dire que le crédit public est atteint.

Ces critiques valent d'ailleurs également pour Diéna qui limite, cependant, comme nous l'avons déjà souligné, l'application de la *lex rei sitae* aux privilèges spéciaux. Lui aussi, a le tort de ne pas se montrer assez nuancé et de ne voir aucune solution en dehors de la mise en œuvre de la loi du lieu de la situation. Il ne se contente pas de lui reconnaître un rôle purement négatif puisqu'il estime qu'elle peut créer, engendrer un droit réel à l'encontre de la loi qui régit la faillite. Il est établi, cependant, que la loi étrangère ne doit être écartée, dans les cas où elle est normalement compétente, que si elle va à l'encontre de l'ordre public local. Et personne ne conteste que la *lex fori* est normalement applicable. Or, lorsqu'il faut donner un sens, préciser cette notion, on découvre que seule est d'ordre public local la constitution, l'organisation même de la propriété. Dès lors, qui peut soutenir que les restrictions apportées par la *lex fori* à l'exercice d'un droit réel portent atteinte à la constitution de la propriété ? La loi de la faillite ne crée pas un droit réel qui n'est

(1) Rolin, « Des conflits de lois en matière de faillite », *Académie de droit international, Recueil des cours*, 1926, IV, p. 95.

pas reconnu par la *lex rei sitae*. Elle se contente de limiter les effets, les conséquences d'un droit réel, admis par la loi du lieu de la situation du bien et par elle-même, dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers.

Diéna invoque aussi, à l'appui de sa thèse, l'interprétation donnée par Brocher et Roguin de l'article 6 de la convention franco-suisse du 15 juin 1869. Le traité fait-il, comme le soutiennent ces auteurs, une distinction entre les privilèges généraux et les privilèges spéciaux ? (1). Une étude même approfondie de cet article ne permet pas de déceler une telle distinction et il est aventureux d'interpréter aussi libéralement la convention. L'alinéa 4, de l'article 6, décide que le prix des biens meubles sera partagé entre tous les créanciers conformément à la loi du pays de la faillite. Et l'alinéa 5, du même article dispose que la distribution du prix des immeubles sera régie par la loi du pays de leur situation. Les dispositions contenues dans cet article sont donc très claires et ne laissent place à aucune interprétation. Le domaine d'application de la *lex fori* et de la *lex rei sitae* est très nettement fixé mais il n'est fait aucune allusion, même implicite, aux priviléges généraux et aux privilèges spéciaux qui seraient régis, les premiers par la loi de la faillite, les seconds par la loi de situation des biens. Dès lors, toute tentative d'interprétation serait erronée et doit être abandonnée.

De Boeck, par contre, a plus de raisons de se référer à la convention franco-suisse pour justifier sa thèse. Il estime que les droits de préférence immobiliers doivent être régis par la *lex rei sitae* et il cite, à juste titre, l'alinéa 5 de l'article 6 du traité. Il ne faut pas en déduire, cependant, qu'une telle référence au droit conventionnel interdit toute critique. D'une part, si cette solution est consacrée par la convention franco-suisse, il ne faut pas oublier que cette règle est posée dans un traité. Le domaine d'application d'un tel accord est limité et les risques

---

(1) Article 6 du traité franco-suisse du 15 juin 1869 : « La faillite d'un Français ayant son établissement en Suisse pourra être prononcée par le tribunal de sa résidence en Suisse, et réciproquement celle d'un Suisse ayant son établissement de commerce en France, pourra être prononcée par le tribunal de sa résidence en France.

La production du jugement de faillite dans l'autre pays donnera au syndic ou représentant de la masse, après toutefois que le jugement aura été déclaré exécutoire, conformément aux règles établies dans l'article 16 ci-après, le droit de réclamer l'application de la faillite aux biens meubles et immeubles que le failli possèdera dans ce pays.

En ce cas, le syndic pourra poursuivre contre le débiteur le remboursement des créances dues au failli ; il poursuivra également en se conformant aux lois du pays de leur situation, la vente des biens meubles et immeubles appartenant au failli.

Le prix des biens meubles et les sommes et créances recouvrées par le syndic dans le pays d'origine du failli seront joints à l'actif de la masse chirographaire au lieu de la faillite et partagés avec cet actif, sans distinction de nationalité, entre les créanciers conformément à la loi du pays de la faillite.

Quant au prix des immeubles, la distribution entre les ayants-droit sera régie par la loi du pays de leur situation. En conséquence, les créanciers français ou suisses qui se seront conformés aux lois du pays de la situation des immeubles pour la conservation de leurs droits de privilège ou d'hypothèque, sur les dits immeubles, seront, sans distinction de nationalité colloqués sur le prix des biens qui leur appartiendra, d'après la loi du pays de la situation des dits immeubles. »

de divergences profondes entre la *lex rei sitae* et la *lex fori* sont donc moins grands puisque les promoteurs et les rédacteurs du traité connaissent sûrement fort bien les dispositions de chaque loi en présence.

Or, il n'en est pas de même en règle générale. Il est difficile de projeter sur le plan international des règles qui doivent régir les rapports entre deux états. D'autre part, tout accord interétatique, quelque soit son objet, nécessite et repose sur des concessions réciproques qui ne se retrouvent pas dans les relations habituelles entre Etats.

De plus, un tel système encourt les mêmes reproches que ceux adressés à Despagnet et à Diéna. Il est trop absolu et accorde, à tort, une trop grande prépondérance à la *lex rei sitae* dans l'hypothèse où cette loi consacre un droit réel qui n'est pas admis ou qui est modifié par la *lex fori* afin de maintenir une certaine égalité entre tous les créanciers. L'auteur objecte, pour faire triompher son point de vue, et pour justifier la compétence exclusive de la loi du lieu de la situation, que cette question intéresse au plus haut point le crédit public. Une telle considération nécessite une mise au point. La *lex rei sitae* intervient pour assurer la défense de son ordre public et personne ne conteste ce point. Or ce dernier est respecté si deux lois réglementent suivant les mêmes principes la création et la mise en œuvre d'un droit réel et si les divergences entre ces deux législations ne portent que sur les restrictions apportées à l'exercice de ce droit dans certains cas et par exemple, lorsque le commerçant qui a accordé une sûreté sur l'un de ses biens est déclaré en faillite. Dès lors, la loi du lieu de la situation des biens ne peut pas s'opposer, en invoquant l'ordre public ou le crédit public, à l'application de la *lex fori*, normalement compétente, lorsque le droit réel est admis par les deux lois en présence et lorsque l'une d'elles est simplement moins libérale que l'autre.

Mais, si Diéna et de Boeck ont tort de reconnaître à la *lex rei sitae* une compétence absolue dans certaines hypothèses, ils ne sont pas plus fondés à consacrer l'application exclusive de la *lex fori* dans d'autres cas.

Diéna, tout d'abord, estime que les privilèges généraux doivent être régis par la loi de la faillite parce qu'ils portent non pas sur un objet déterminé mais sur un ensemble de biens qui constituent le patrimoine du débiteur. Ce principe rappelle le vieil axiome « *Mobilia sequuntur personam* » qui n'a, de nos jours, en l'absence de textes le consacrant, qu'une valeur historique. En effet, il ne s'impose que dans les cas très rares où certaines dispositions législatives l'ont adopté. Or en l'espèce, il n'existe pas de textes en ce sens. De plus, si les privilèges généraux portent sur un ensemble de biens, il est évident qu'ils portent sur chacune de ces choses qui composent, qui constituent l'ensemble. Dès lors, selon le lieu où se trouvent ces biens, il peut exister certaines divergences entre la *lex rei sitae* et la *lex fori*. La démonstration faite par Diéna est donc très artificielle. Elle ne fait pas disparaître, en réalité, les problèmes posés par la mise en œuvre de certains privilèges généraux (1).

---

(1) Rolin, *op. cit.*, p. 102.

De Boeck estime, également, que la *lex fori* doit être seule compétente lorsqu'il s'agit de droits de préférence mobiliers. Il prévoit cependant, certaines exceptions. Il préconise en particulier l'application de la *lex rei sitae* lorsque ces questions intéressent le crédit public. Ainsi, elle doit se prononcer sur la régularité de la constitution d'un privilège mobilier. Cette dernière réserve est superflue puisqu'elle n'est pas propre aux privilèges mobiliers, mais s'applique à toutes les sûretés et est admise par tous les auteurs (1). C'est peut-être même un des rares points sur lequel une entente totale règne au sein de la doctrine. La seconde réserve apportée par de Boeck à la mise en œuvre de la *lex fori* nécessite également certaines précisions. Il ressort du texte que la loi du lieu où se trouve le meuble doit préciser dans quelle mesure le droit de préférence reconnu au créancier est limité en raison de la mise en faillite du débiteur. L'auteur ne le précise pas mais, semble-t-il, une telle exception vaut dans le cas où la *lex rei sitae* est plus restrictive que la *lex fori*. Si cette interprétation de la pensée de l'auteur n'est pas erronée, cette précision ne s'impose pas. Elle n'est pas propre aux droits de préférence mobiliers. La puissance restrictive de la *lex rei sitae* n'a jamais été contestée.

En revanche, dans l'hypothèse contraire, si la réserve apportée par de Boeck vaut même lorsque la *lex fori* est moins libérale que la loi de la situation, une telle exception doit être rejetée. D'une part, quel serait le domaine d'application de la loi de la faillite puisque la limitation apportée à l'exercice d'un droit de préférence par l'un des créanciers est le principal problème qui se pose ? Estimer qu'il doit être résolu par la *lex rei sitae* tend à vider le principe général établi de son contenu.

D'autre part, le pouvoir créateur, générateur de la loi de la situation à l'encontre de la *lex fori* a toujours été contesté. Ces conséquences éventuelles incitent, d'ailleurs, à penser que l'auteur a implicitement limité l'application de cette exception à certaines hypothèses.

De ce fait, si la *lex fori* ou la *lex rei sitae* ne peuvent pas être exclusivement appliquées, il faut trouver une solution intermédiaire, un moyen terme. Certains auteurs l'ont découvert. Ils préconisent l'application simultanée de la loi de situation du bien et de la loi de la faillite (2).

Tous, cependant, n'ont pas proposé un remède avec autant de bonheur. Certains, comme Lyon-Caen et Renault, sont tentés de trop systématiser. D'autres, comme Rolin, encourent peut-être le reproche de ne pas être assez complets, de ne pas envisager toutes les hypothèses. Aussi, pour éviter de telles critiques, il est peut-être plus sage de faire une synthèse des différentes solutions proposées en les complétant les unes par les autres.

Une précision supplémentaire s'impose, toutefois, immédiatement. Les rôles respectifs dévolus à la *lex rei sitae* et à la *lex fori* ne sont pas les mêmes suivant que la sûreté réelle invoquée par l'un des créanciers

(1) Voir *supra*, § 1, p. 280.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1287 ; Rolin, *op. cit.*, p. 100 et s ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n$^{os}$ 11434 et s.

est légale ou conventionnelle, et dans le premier cas, il existe même trois lois en conflit. Aussi, pour éviter d'être obscur ou incomplet il faut envisager séparément ces deux hypothèses, afin de mettre bien en valeur l'importance reconnue à chaque loi.

### A. — Le créancier invoque une sûreté légale

Trois lois ont une compétence concurrente, ou plutôt complémentaire lorsque les zones d'influence de chacune sont exactement délimitées.

Il faut, tout d'abord, pour qu'une personne ait le droit de revendiquer une sûreté réelle légale que celle-ci lui soit conférée par la loi qui régit sa créance ou par sa loi personnelle si cette sûreté dépend plus de la qualité du bénéficiaire que de la nature de l'obligation. Ainsi, une hypothèque légale invoquée par la femme mariée ou le mineur doit être accordée à ceux-ci par leurs lois personnelles. Ces deux lois ont un rôle créateur et l'importance qui leur est dévolue se conçoit fort bien. En premier lieu, le bénéficiaire d'une sûreté légale ne peut, à bon droit, demander à jouir que des garanties reconnues par la loi qui régit l'obligation ou par sa loi personnelle. Il ne connaît et n'a pu prendre en considération que celles-ci. Légitimement il n'a pas le droit d'en invoquer d'autres. En second lieu, la *lex fori* n'est pas habilité à conférer de tels avantages. Elle doit, avant tout, assurer une équitable répartition des biens du débiteur entre tous les créanciers. La constitution de semblables garanties ne rentre pas dans la liste de ses attributions et va même à l'encontre du but qu'elle poursuit.

Ce rôle prépondérant reconnu à ces lois ne permet pas, cependant, de dénier toute compétence à la *lex rei sitae*. Celle-ci doit avoir une fonction essentiellement négative. Le droit allégué doit être en accord sur le fond et sur la forme avec les dispositions législatives en vigueur dans le pays où est situé le bien grevé. La sûreté n'est pas reconnue si elle n'est pas conforme à la conception de la propriété mobilière ou immobilière de la *lex rei sitae*. Il n'est pas nécessaire, cependant, que le droit soit admis exactement dans les mêmes hypothèses. Il suffit qu'il existe une entente entre les deux législations en présence sur le principe. Si, par contre, l'avantage revendiqué est rejeté, *a priori*, par la loi du lieu de la situation celle-ci a un pouvoir souverain d'appréciation. Celui-ci est d'ailleurs aussi grand lorsqu'il s'agit de déterminer les conditions de forme et de publicité qui doivent être respectées.

Cette puissance restrictive reconnue à la *lex rei sitae* a été mise en évidence par la jurisprudence belge. La Cour de Bruxelles s'est penchée sur ce problème le 26 février 1913 (1). Un débiteur avait été déclaré en faillite en Allemagne. Auparavant il avait fait l'objet d'une saisie-arrêt en Belgique. Le saisissant invoquait les dispositions de la législation allemande qui précisent que la saisie-arrêt confère au créancier un droit de gage et il demandait à bénéficier de cet avantage sur les biens situés en Belgique. La juridiction saisie a, à bon droit, estimé

(1) Cour de Bruxelles, 26 février 1913, *Jur. du port d'Anvers*, 1913, p. 194. Décision rapportée par Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, p. 427, note 1.

« que l'action est basée sur les dispositions législatives allemandes relatives aux saisies ; que celle-ci ne sont pas de statut personnel ; que, dès lors, la saisie litigieuse est exclusivement régie par les lois belges qui ne confèrent aucun privilège à celui qui fait pratiquer une saisie-arrêt et dont l'article 453 de la loi sur les faillites ne fait qu'une application ».

Mais, si la *lex rei sitae* doit avoir un rôle négatif, prohibitif à l'égard de la loi qui régit l'obligation ou vis-à-vis de la loi personnelle du créancier, il ne faut pas lui reconnaître un rôle créateur par rapport à la *lex fori*. Elle a la possibilité de refuser l'exercice d'une hypothèque légale sur les biens situés dans l'Etat où elle est appliquée. Elle ne peut pas, par contre, reconnaître, créer, en quelques sorte, cette même sûreté lorsque la loi qui régit la faillite ne l'admet pas.

Un exemple permet, peut-être, de comprendre plus facilement cette distinction. En droit français, toute femme mariée, quel que soit son régime matrimonial, possède une hypothèque légale sur les immeubles de son mari, pour sûreté des créances qu'elle peut avoir contre lui (1). Le droit de la faillite apporte cependant des restrictions à la mise en œuvre de cette sûreté quand le mari tombe en faillite ou en état de règlement judiciaire. S'il était commerçant à la date du mariage ou s'il l'est devenu dans l'année du mariage, l'hypothèque ne porte que sur les immeubles qui lui appartenaient au jour de la célébration du mariage ou qui lui sont advenus depuis cette date à titre gratuit par succession ou donation (2). Ces dispositions et ces restrictions se retrouvent aussi dans la législation belge (3) qui prévoit, cependant, des délais plus longs puisque cette règle s'applique lorsque le mari est devenu commerçant dans les deux années qui ont suivi la célébration du mariage. Il est possible d'imaginer, dès lors, que le mari est français, par exemple, qu'il exerce une activité commerciale en France et qu'il est déclaré en faillite dans cet état. Il possède, toutefois, un immeuble situé sur un autre territoire et la *lex rei sitae* reconnaît la sûreté légale créée par la loi personnelle du bénéficiaire : Mais elle ne prévoit pas que ce droit allégué par la femme fasse l'objet de certaines restrictions dans quelques circonstances et, en particulier, lorsque le mari tombe en faillite. Si la loi de la situation du bien grevé a une autorité souveraine en la matière elle dispose d'une puissance créatrice par rapport à la loi de la faillite, loi française, qui apporte certaines limitations. Or, c'est ce pouvoir qui est contestable. Il n'est pas possible de justifier une telle solution en faisant valoir les exigences de l'ordre public, du crédit public. La sûreté est admise par la loi française et par la *lex rei sitae*. Seules les modalités d'application sont différentes dans les deux législations. La *lex fori* est plus exigeante afin

(1) Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. III, p. 257, nos 281 et s.
(2) Article 544 du Code de commerce français.
(3) Loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851, article 47, 64 et s. Loi Belge sur la faillite du 18 avril 1851 : « La femme dont le mari est commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ou le sera devenu dans les deux années qui auront suivi cette célébration, n'aura hypothèque que sur les immeubles qui appartenaient à son mari à cette époque, ou qui lui sont échus depuis par succession... ».

d'assurer une répartition plus équitable des biens du failli entre tous les créanciers. Or cette attribution lui est réservée et elle doit prendre toutes les mesures nécessaires pour atteindre ce but.

En définitive, l'hypothèque légale revendiquée par un créancier est régie, en cas de faillite, non pas par une mais par trois lois. La première a un rôle créateur, dispose d'un pouvoir générateur. La seconde a une action prohibitive. Elle modifie ou exclut le droit allégué. La troisième enfin, si elle est encore plus restrictive que la deuxième, a un pouvoir souverain d'appréciation (1). La question est-elle aussi complexe lorsque l'hypothèque est conventionnelle ?

### B. — Le créancier invoque une sûreté conventionnelle

Dans cette hypothèse, il n'y a pas trois, mais deux lois en conflit : la *lex rei sitae* et la *lex fori*. Il ne faut pas, cependant, dénier comme le fait Travers (2) toute compétence à la loi qui régit l'obligation. L'existence de la sûreté dépend de cette loi. Il est peut-être plus juste de dire que la puissance génératrice qui lui est dévolue ne suffit pas. Le droit allégué ne peut être revendiqué que si la loi du lieu de situation du bien admet sa réalité. En d'autres termes, le rôle créateur n'est pas reconnu à une mais à deux lois : la loi qui régit la convention et la *lex sitae*. Et les dispositions de cette dernière sont prépondérantes. Elle détermine les conditions de fond et de forme qui doivent être respectées, elle précise si tel bien peut être grevé d'hypothèque. En conséquence, la remarque de Travers n'est pas erronée, en pratique, puisque très souvent on arrive à ce résultat, mais il ne faut pas le considérer comme un principe établi. Et ce pouvoir conféré à la loi de la situation est très différent de celui qui lui est accordé en matière d'hypothèque légale puisque, dans ce cas, son intervention est essentiellement négative, prohibitive.

C'est d'ailleurs la principale divergence qui existe entre ces deux catégories de sûretés puisque dans l'hypothèse présente les dispositions de la *lex fori* doivent être encore déterminantes. Ce rôle créateur de la *lex rei sitae* ne doit pas être un obstacle à la mise en œuvre des dispositions restrictives énoncées par la *lex fori*.

En conclusion, l'hypothèque conventionnelle invoquée par un créancier est régie, en cas de faillite, en principe par trois lois et, en pratique, par deux. La loi qui régit l'obligation, normalement, et la *lex rei sitae*, principalement, ont une puissance créatrice. La loi de la faillite apporte certaines limitations (3).

Mais, ces principes établis, il est peut-être bon de déterminer le domaine d'application exact des différentes lois compétentes dans quelques cas concrets qui présentent certaines difficultés.

En premier lieu, l'objet mobilier grevé d'un privilège peut être déplacé avant ou après l'ouverture de la faillite. Ce déplacement exerce-

(1) Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 378, note 1.
(2) Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11435.
(3) Loussouarn, *op. cit.*, p. 378.

t-il une influence sur la compétence propre dévolue à chaque loi ? En second lieu, les créanciers bénéficiant de sûretés réelles estiment pouvoir participer aux distributions chirographaires. Quelle est la loi habilitée à se prononcer sur ce point ? En troisième lieu, le bailleur d'immeubles peut revendiquer un privilège. Quelle est la loi compétente pour déterminer l'importance de cette garantie ?

### C. — Mise en œuvre des principes établis

#### 1° L'objet mobilier grevé d'un privilège est déplacé

Ce déplacement peut être fait avant ou après l'ouverture de la faillite. La première hypothèse suscite de nombreuses difficultés. Or il ne semble pas que les auteurs qui se sont penchés sur cette question aient pris conscience de tous les problèmes soulevés par un tel transfert opéré avant la déclaration de la faillite.

Un commerçant français, par exemple, accorde à l'un de ses créanciers un privilège sur un meuble situé dans un autre Etat. Cette garantie est reconnue par la loi qui régit l'obligation mais la loi applicable dans le pays où ce bien se trouve l'exclut. Cette loi a un rôle créateur. Elle dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation. De ce fait, l'avantage conféré au créancier n'a aucune existence, aucune réalité. Mais, quelque temps après, le bénéficiaire de la sûreté se rend compte que son débiteur ne peut plus faire face à toutes ses obligations et qu'il est sur le point d'être déclaré en faillite. Pour échapper aux conséquences fâcheuses d'une telle procédure il passe un accord avec celui-ci et transfère le bien grevé en France. Dès lors, il peut revendiquer certains avantages puisque le droit allégué est reconnu par la loi qui régit l'obligation, par la nouvelle *lex rei sitae* et par la *lex fori*. Une telle solution doit-elle être admise ? Il faut répondre négativement pour une triple raison. En premier lieu, la loi de la faillite est peut-être en même temps la nouvelle *lex rei sitae*. Elle dispose cependant d'un pouvoir générateur par rapport à l'ancienne loi de la situation du bien. Cette puissance qui lui est dévolue est contraire aux principes établis et elle doit être rejetée. En second lieu, à l'origine de ce transfert il y a une action frauduleuse émanant du créancier et du débiteur. Le droit de la faillite réglemente d'une façon très précise ces actes accomplis durant la période suspecte et très souvent déclare qu'ils sont inopposables. Or dans le cas présent la mise en œuvre des dispositions de la *lex fori* qui est, en même temps, la nouvelle *lex rei sitae* produirait l'effet contraire. Elle validerait une garantie qui n'est pas admise par la loi régulièrement compétente. En troisième lieu, enfin, cette hypothèse est un cas classique de fraude à la loi. Le créancier a utilisé les règles de conflits dans le seul dessein d'échapper aux dispositions prohibitives de la loi normalement applicable. Une difficulté subsiste cependant. Très longtemps la jurisprudence française n'a pris en considération que la fraude à la loi française (1). Or, dans le cas présent, il

(1) Cass. civ., 5 février 1929, S., 1930.I.81, note Audinet ; Trib. civ. Seine, 4 novembre 1954, *Clunet*, 1955, p. 650. note Ponsard. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 690,

y a fraude à la loi étrangère. Cette objection est-elle un obstacle insurmontable ? Il ne le semble pas. D'une part, les juridictions françaises ne se sont jamais prononcées dans le cas précis du déplacement d'un bien mobilier. Rien ne permet donc de supposer qu'elles adopteraient la même position dans cette hypothèse. D'autre part, il faut noter avec plaisir qu'un courant très net se dessine au sein de la doctrine et de la jurisprudence en faveur de la répression de la fraude à la loi étrangère (1). Comme le souligne M. Maury « la théorie de la fraude a pour raison d'être de maintenir au droit de conflit (et à toute règle de droit en général) un certain caractère impératif ; ce caractère, chaque état doit, semble-t-il, le reconnaître non seulement à son profit mais encore au bénéfice des autres états » (2). Pourquoi, dès lors, ne pas appliquer cette tendance judicieuse au cas concret présent ?

L'hypothèse inverse existe également. Le déplacement peut être opéré après l'ouverture de la faillite. Le bien mobilier non grevé d'après les dispositions de la première *lex rei sitae* est transféré dans l'état ou la faillite est prononcée et la loi qui régit cette mesure reconnaît le privilège accordé par le débiteur à l'un de ses créanciers. Une première question se pose immédiatement. Existe-t-il un conflit mobile ? A la suite du changement d'un élément de rattachement, le meuble, en l'occurence, la situation donnée est-elle successivement soumise à deux systèmes juridiques différents ? Il faut donner une réponse négative. Le transfert du bien mobilier ne modifie par le domaine d'application de la première *lex rei sitae*. Elle est seule compétente. Si elle exclut la sûreté revendiquée par le créancier, celui-ci ne peut pas en bénéficier après le déplacement du meuble dans la mesure où la *lex fori* reconnaît cette garantie. En effet, les droits des créanciers se déterminent au jour de la déclaration de la faillite. Or, à cette date, le prétendu bénéficiaire du privilège n'a aucun droit, puisque la loi du lieu de la situation ne reconnaît pas cet avantage. Et il ne peut pas invoquer la théorie du respect des droits acquis. Il faut même préciser que seule la masse peut demander l'application de cette règle. Dans la

---

note Loussouarn ; cf. Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3e éd., n° 374, p. 429 ; Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn, *Droit international privé*, 8e éd., p. 452, note 2 ; Lagarde, note sous Paris, 19 février 1960, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 191 ; Bredin, note sous Trib. gr. inst. Seine, 14 mai 1962, *Clunet*, 1963, p. 118.

(1) Niboyet, *Traité de droit international privé*, t. III, n° 1094, p. 665, note 1 ; Batiffol, *op. cit.*, n° 374, p. 430 ; Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, p. 90 ; Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn, *op. cit.*, p. 452, note 2, qui estiment qu'actuellement la fraude à la loi étrangère ne peut être sanctionnée que par l'intermédiaire du droit conventionnel ; Lagarde, note sous Paris, 19 février 1960, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 192 ; Bredin, note sous Trib. gr. inst. Seine, 14 mai 1962, *Clunet*, 1963, p. 118 ; Malaurie, note sous Trib. gr. inst. Seine, 14 mai 1962, D., 1962.J., p. 656 ; Louis-Lucas, « La fraude à la loi étrangère », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 1 ; Trib. gr. inst. Seine, 14 mai 1962, *Clunet*, 1963, p. 110, D., 1962, p. 653, « attendu qu'il importe peu que la fraude ait été commise a l'égard d'une loi autre que la loi française ; que l'intérêt qui s'attache à l'application normale de la loi compétente, en matière d'état des personnes et plus particulièrement de divorce, est aussi grand à l'égard des lois étrangères que de la loi française ».

(2) Cf. Vidal, *op. cit.*, p. 90.

mesure où la *lex rei sitae* n'admet pas la sûreté accordée par le débiteur, l'ensemble des créanciers peut exiger que le bien grevé soit réparti équitablement. Ils ont un droit acquis et la mise en œuvre de la *lex fori* porterait atteinte à ce droit (1).

La Haute Cour des Pays-Bas a d'ailleurs appliqué cette règle générale, le 23 février 1917 (2). L'hypothèse est quelque peu différente, mais le principe demeure le même. Une faillite avait été prononcée en Allemagne. Après cette déclaration le syndic avait transféré certains biens aux Pays-Bas. Profitant de ce déplacement, un créancier voulait faire saisir ces objets. La juridiction saisie a, à juste titre, déclaré « que l'état juridique établi en Allemagne légalement et non contrairement aux lois néerlandaises, doit être respecté à l'égard des biens du failli se trouvant en Allemagne, de sorte que, puisque le syndic en exerçant son droit d'administration, a transporté une partie de ces biens dans les Pays-Bas, son droit exclusif de disposer de ces biens doit être reconnu aussi dans ce pays et qu'il est inadmissible qu'un créditeur du failli, en opérant une saisie sur ces biens fasse préjudice au droit du syndic ».

Dans ces deux cas envisagés la *lex rei sitae* conserve donc son caractère créateur malgré les dispositions plus libérales de la *lex fori* et le principe général établi est appliqué. En est-il de même lorsque les créanciers revendiquant certaines garanties, désirent participer aux répartitions chirographaires ?

### 2° Les bénéficiaires de sûretés réelles désirent participer aux répartitions chirographaires

Dans ce second exemple, il est préférable de modifier les données de l'hypothèse afin de préciser, cette fois, quel est le rôle exact dévolu à la loi de la faillite. Dans le cas précédent, la *lex fori* était plus libérale que la *lex rei sitae*. Qu'advient-il dans l'hypothèse contraire ?

Un créancier français, par exemple, bénéficie d'une sûreté sur un immeuble concédée par un commerçant français. Le bien est situé, toutefois, sur un autre territoire. La faillite du débiteur est prononcée et cette garantie est admise par la loi du lieu de situation de l'immeuble et par la *lex fori*. La loi française dispose que la règle de la cessation du cours des intérêts ne concerne pas les créanciers hypothécaires ou privilégiés. Mais, les intérêts ne pourront être réclamés que sur les sommes provenant des biens affectés à la garantie des créances (3). Et le créancier qui a épuisé son droit hypothécaire ne peut réclamer son admission à titre chirographaire que pour les intérêts échus au jour du jugement déclaratif de faillite (4). Supposons que la *lex rei sitae* admette le même principe mais n'y apporte aucun aménagement. Seule la loi française, *lex fori*, peut et doit s'appliquer puisqu'il s'agit d'une limitation prévue dans l'intérêt de la masse.

Prenons aussi l'hypothèse inverse. La faillite est régie par une loi

(1) Rolin, *op. cit.*, p. 113.
(2) Haute Cour des Pays-Bas, 23 février 1917, *Clunet*, 1921, p. 279.
(3) Article 476 du Code de commerce français, alinéas 1er et 2e.
(4) Trib. com. Seine, 26 février 1951, D., 1951, Somm. 51.

étrangère mais un immeuble grevé d'une hypothèque est situé en France. Aux termes de l'article 537 du Code de commerce français « si une ou plusieurs distributions des deniers mobiliers précèdent la distribution du prix des immeubles, les créanciers privilégiés et hypothécaires admis concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales, sauf, le cas échéant, les distractions visées à l'article suivant ». La généralité de ces dispositions ne permet pas de supposer que cette règle ne vaut pas lorsque les immeubles sont situés hors de France. Imaginons que la loi de la faillite étrangère reconnaisse ces mêmes droits aux créanciers munis d'une sûreté mais ne se contente pas, comme le droit positif français, d'ordonner la mise en dépôt des dividendes perçus afin d'éviter tout risque de double paiement, et dispose que ce droit ne peut être invoqué que pour les immeubles situés sur le territoire où elle est applicable. Cette restriction tend à prévenir toute tentative de fraude. Sa mise en œuvre protège les droits de l'ensemble des créanciers. Dans ce cas, seule la *lex fori* est encore compétente.

La règle générale qui reconnaît un domaine d'application bien délimité à la *lex rei sitae* et à la *lex fori* est donc respectée lorsque l'objet mobilier grevé d'un privilège est déplacé avant ou après l'ouverture de la faillite et lorsque les créanciers bénéficiant de sûretés réelles estiment pouvoir participer aux distributions chirographaires. En est-il de même lorsque le bailleur d'immeubles revendique un privilège ?

### 3° Le bailleur d'immeubles revendique un privilège

Aux termes de l'article 531, alinéa 1er, du Code de commerce français « en cas de résiliation des baux prévus à l'article 507 ci-dessus, le propriétaire a un privilège pour les deux dernières années de location échues avant le jugement prononçant la faillite ou le règlement judiciaire, et pour l'année courante, pour tout ce qui concerne l'exécution du bail et pour les dommages-intérêts qui pourront lui être alloués par les tribunaux ». La revendication de cette garantie par le propriétaire du bien loué ne pose pas de problème lorsque l'immeuble est situé en France, et lorsque le locataire étranger est déclaré en faillite sur notre territoire.

Mais, la faillite peut être également régie par une autre loi si le principal établissement du preneur se trouve dans un autre Etat. Quelle est la loi applicable si les dispositions de la *lex fori* sont différentes de celles de la loi française, *lex rei sitae*. Lyon-Caen et Renault qui préconisent, en règle générale, l'application simultanée de la loi du lieu de situation du bien et de la loi de la faillite prévoient une exception en l'espèce. Ils estiment que « l'intérêt du crédit, qui touche à l'ordre public semble s'opposer à ce que le bailleur d'un immeuble situé en France voit ses garanties diminuées ou augmentées par la loi du pays étranger où son locataire a été déclaré en faillite » (1).

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, « Le principe », n° 1287, « L'exception », n° 1288 *ter* ; en ce sens également, Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2e éd. t. VI, p. 292, note 1.

Cette solution suscite deux remarques. En premier lieu, ces auteurs commettent une erreur fondamentale lorsqu'ils prévoient que les droits du bailleur puissent être augmentés par la loi qui régit la faillite. Celle-ci doit avoir un rôle essentiellement prohibitif, négatif par rapport à la loi du lieu de situation du bien. Si la *lex fori* est plus libérale que la *lex rei sitae*, il faut lui refuser toute puissance créatrice à l'encontre de cette dernière. En second lieu, l'opposition qui existe entre ces deux lois ne porte pas, en règle générale, sur le principe même du privilège accordé au bailleur mais sur l'importance des garanties qui lui sont reconnues. Le droit est admis par les deux législations en présence. Seules les modalités d'application sont différentes. Comment dès lors invoquer l'intérêt du crédit pour préciser le domaine d'application d'une loi étrangère, normalement compétente, lorsque celle-ci se contente d'apporter, dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers, des limitations à l'exercice de certains droits ?

Il ne suffit pas, toutefois, d'établir un principe et d'expliquer sa mise en œuvre à l'aide d'exemples. Il est important de préciser que les sûretés réelles sont régies par deux ou trois lois selon leur nature juridique. Mais il est nécessaire également de déterminer quel est le tribunal compétent pour se prononcer sur les contestations relatives à ces garanties.

### II. — *Conflit de juridictions : conflit entre le tribunal du lieu de la situation du bien et le tribunal qui a prononcé la faillite*

Le tribunal normalement compétent en matière de droits réels est celui du lieu où le bien, objet de la sûreté, est situé. Ne faut-il pas cependant apporter certains aménagements et prévoir certaines exceptions à ce principe général en faveur du tribunal qui a prononcé la faillite ? La doctrine est divisée sur ce point. Deux thèses se sont affrontées. La première estime que seul le tribunal de la faillite est habilité à se prononcer sur les contestations éventuelles (1). La seconde consacre la compétence du tribunal du lieu de la situation (2).

#### § 1. — COMPÉTENCE DU TRIBUNAL DE LA FAILLITE

Une précision s'impose immédiatement. Le tribunal de la faillite est compétent lorsque le bien meuble ou immeuble est situé dans l'Etat où la faillite a été prononcée. La solution est-elle la même

(1) Article 8 du projet soutenu par Diena devant l'Institut de droit international en 1912 à Christiana, cf. De Boeck, *op. cit.*, *Rev. dr. int. pr.*, 1913, p. 811.

(2) De Boeck, Beichmann, Mercier, Ed. Rolin, Strisower, qui discutèrent lors de cette même session de Christiana le projet proposé par Diena, cf. De Boeck, *op. cit.*, *Rev. dr. int. pr.*, 1913, p. 812 et 813 ; Fiore, *Del fallimento*, p. 120 et 121 ; Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, 1924, t. II, n° 789, p. 905 ; Rolin, « Des conflits de lois en matière de faillite », *Académie de droit international, Recueil des cours*, 1926, IV, p. 114.

lorsque le bien grevé d'un droit réel se trouve sur un autre territoire ? Diéna répond affirmativement et propose plusieurs justifications.

En premier lieu, cette règle est en accord avec le principe de l'unité et de l'universalité de la faillite. En second lieu, et cette objection se conçoit, en matière de faillite la *lex rei sitae* n'est pas toujours applicable. Il eut été cependant préférable de préciser que la loi du lieu de la situation n'est pas seule compétente et que très souvent la *lex fori* a une action simultanée, complémentaire. Dès lors, le recours intenté devant le tribunal du lieu de la situation du bien ne permet pas de faire coïncider automatiquement la compétence législative et judiciaire. En troisième lieu, enfin, les juges de l'Etat où le bien se trouve sont tentés de ne se reporter qu'aux dispositions de leur propre loi. Cette solution peut porter préjudice aux intérêts des autres créanciers dans la mesure où la *lex rei sitae* est plus libérale que la *lex fori*. En d'autres termes, le principe établi risque de demeurer lettre-morte et de ne recevoir aucune application si l'affaire est portée devant ces magistrats.

Aussi, devant ces dangers, l'auteur déclare dans l'article 8 du projet soutenu devant l'Institut de droit international que « l'autorité exclusivement compétente pour déclarer la faillite est aussi compétente pour résoudre, en faisant application de la loi indiquée par les règles qu'on vient de formuler, toutes les questions qui, en matière de droits réels, peuvent se présenter dans la répartition des biens du débiteur ». Et le tribunal du lieu de la situation doit se contenter de prendre les mesures provisoires qui s'imposent.

Cette solution n'a pas été admise par tous les auteurs. Il faut, semble-t-il, les approuver.

## § 2. — COMPÉTENCE DU TRIBUNAL DE LA SITUATION

Il importe de ne pas oublier, tout d'abord, comme le souligne Strisower dans les critiques qu'il adresse au projet soutenu par Diéna, que le principe de la compétence du tribunal de la faillite n'a parfois aucun lien avec la règle de l'universalité de la faillite. Ainsi, le commerçant propriétaire du bien grevé d'un droit réel peut fort bien ne pas avoir lui-même concédé cette sûreté à l'un de ses créanciers lorsqu'il a reçu cet immeuble déjà hypothéqué, par succession ou donation. Dès lors, pourquoi demander au tribunal de la faillite de se prononcer sur les difficultés éventuelles qui peuvent se présenter puisque le bénéficiaire de la garantie n'est pas concerné par cette mesure.

De plus, il ne suffit pas de déterminer, lorsqu'un créancier revendique un avantage sur un bien, si la *lex fori* y apporte certaines restrictions. Il faut, au préalable, rechercher si le droit allégué a une existence, une réalité, s'il est conforme aux dispositions législatives du pays de la situation de ce bien. Or seule la *lex rei sitae* doit être consultée sur ce point. Dès lors, il est normal que le problème soit porté devant le tribunal de l'Etat dont la loi est applicable.

Il ne faut pas en déduire, toutefois, comme le fait Diéna, que les juges saisis de l'affaire vont être partiaux et dénier toute compétence

concurrente et complémentaire à la loi de la faillite. Ce danger existait peut-être lorsqu'il émit ces objections. De nos jours, la coopération interétatique est plus importante et il est permis d'espérer arriver, par exemple au sein du Marché commun, sinon à une unification des lois applicables, du moins à une harmonisation de ces lois dans certains domaines. Si le législateur accepte ainsi, à plus ou moins longue échéance de faire certaines concessions, il est normal que les tribunaux fassent preuve de la même objectivité, de la même largesse d'esprit et qu'ils n'hésitent pas à prendre en considération les dispositions d'une loi étrangère. Il ne faut pas supposer, *a priori*, que le tribunal du lieu de la situation du bien va toujours refuser d'admettre les restrictions apportées par la loi de la faillite. Deux hypothèses existent, en pratique. Ou bien les limitations prévues par la *lex fori* ne portent pas atteinte à l'organisation de la propriété, telle qu'elle est prévue par la *lex rei sitae*. Le tribunal saisi doit, dans ce cas, tenir compte des exigences de la loi de la faillite. Ou bien ces mêmes restrictions ne peuvent pas être retenues, hypothèse peu fréquente, pour des raisons d'ordre public. Les juges appelés à statuer doivent les rejeter et l'ensemble des créanciers doit s'incliner.

Le résultat serait d'ailleurs le même si le tribunal de la faillite était saisi de l'affaire. Certes, celui-ci prendraient la *lex fori* en considération. Mais, la décision qu'il rendrait ne produirait des effets que dans la mesure où elle aurait été déclarée exécutoire dans le pays où le bien grevé serait situé. Et il est facile d'imaginer que les juges appelés à se prononcer sur ce point n'accorderaient jamais l'exequatur si l'ordre public était violé. Il est donc illusoire de penser que le tribunal de la faillite protège davantage les intérêts de la masse et il est plus logique et plus juridique de saisir le tribunal de la situation du bien.

Cette solution a d'ailleurs été retenue par le droit conventionnel. Le Code Bustamante (art. 421) les conventions franco-suisse du 15 juin 1869 et franco-italienne du 3 juin 1930 se sont prononcés en ce sens. Ainsi, l'article 7 du traité franco-suisse prévoit que « les actions en dommages, restitution, rapport, nullité et autres qui, par suite d'un jugement déclaratif de faillite ou d'un jugement reportant l'ouverture de la faillite à une époque autre que celle primitivement fixée, ou pour toute autre cause, viendraient à être exercées contre des créanciers ou des tiers, seront portées devant le tribunal du domicile du défendeur, à moins que la contestation ne porte sur un immeuble ou sur un droit réel immobilier ». L'article 25 du traité franco-italien indique également dans un alinéa 1er que « les juridictions du pays où la faillite a été déclarée sont compétentes pour statuer sur les questions qui l'y rattachent » et dans un alinéa 2 que « les contestations relatives aux privilèges et droits de préférence, ainsi que celles qui sont relatives à la propriété, à la jouissance et à l'usage des immeubles ou tout autre droit relatif aux immeubles sont jugées par la juridiction du pays où ces biens sont situés. Ces deux conventions consacrent, la première implicitement, la seconde explicitement, la compétence du tribunal du lieu de la situation du bien grevé. Si les promoteurs et les rédacteurs de ces accords se sont penchés sur ces problèmes et ont préconisé le recours au tribu-

nal de la situation, il est normal, à plus forte raison, que cette règle régisse les rapports entre Etats qui ne sont liés par aucun traité.

Les sûretés réelles terrestres sont donc régies par trois ou deux lois selon qu'il s'agit de sûretés légales ou conventionnelles et toute contestation relative au droit revendiqué est portée devant le tribunal du lieu de la situation du bien grevé. Mais, le créancier peut également bénéficier d'une hypothèque ou de privilèges maritimes. Les règles établies pour les sûretés terrestres sont-elles également applicables en ce domaine ?

## Sous-section II. — Le créancier se prévaut d'une sûreté réelle maritime

La navigation maritime entraîne de gros frais. L'armateur a souvent besoin de crédits. Ainsi, un navire étranger peut tomber en panne dans un port français ou subir des avaries en haute mer et le capitaine est obligé de faire réparer son bâtiment dans le port le plus proche. Très souvent, il ne dispose pas des sommes nécessaires pour faire effectuer ces réparations et il doit trouver du crédit. Aussi, il offre des garanties aux créanciers sous la forme, par exemple, de droits réels sur le navire (1).

Mais, les sûretés maritimes ne sont pas réglementées de la même manière dans les différentes législations. L'hypothèque maritime n'est pas reconnue par tous les Etats. Les créances privilégiées diffèrent selon les pays. Le classement des privilèges sur les navires et le mode de preuve des créances privilégiées sont souvent régis par des règles divergentes.

L'hypothèque maritime, tout d'abord, n'est reconnue en France que depuis la loi du 10 décembre 1864 modifiée par la loi du 10 juillet 1885 elle-même complétée par le décret du 18 juin 1886 et modifiée par les lois du 13 juillet 1907 et du 4 juillet 1914. Aux termes de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1885 « les navires sont susceptibles d'hypothèques ; ils ne peuvent être hypothéqués que par la convention des parties » (2). Elle est admise également dans plusieurs Etats tels que la Belgique (3), le Portugal, l'Espagne, la Norvège qui se sont inspirés des dispositions législatives françaises de 1874. En Angleterre, et aux Etats-Unis, par contre, les créanciers peuvent revendiquer un droit réel très particulier, le mort-gage. Le créancier, le mort-gagiste, qui n'est pas payé à l'échéance devient propriétaire du navire. En Allemagne, enfin, l'hypothèque maritime est régie par les dispositions législatives qui réglementent les sûretés terrestres et cette législation est très différente, sur ce point, des principes appliqués en France (4).

(1) Hamel, *Droit maritime*, Paris, les Cours de Droit, 1947-1948, p. 437.

(2) Bonnecase, *Traité de droit commercial maritime*, 1923, p. 678, nos 760 et s.

(3) Code de commerce belge, Livre II, Titre 1er, articles 25 et s. Article 25 : « Les navires peuvent être hypothéqués par la convention des parties. Les articles 73, 74 et 75 de la loi du 16 décembre 1851 sont applicables à l'hypothèque maritime ».

(4) Ripert, *Droit maritime*, t. II, 4e éd., p. 22 et 23.

La notion de privilège est également très différente selon les Etats. Il est possible de déceler, en fait, trois tendances (1). La conception française, tout d'abord, se caractérise par la reconnaissance d'une multiplicité de privilèges. Le législateur de 1808 n'avait pas reconnu l'hypothèque maritime et avait ménagé certains palliatifs pour procurer du crédit à l'armateur et au capitaine. Dans les droits anglais et américain, au contraire, les privilèges sont beaucoup moins nombreux. La conception allemande, enfin, présente des points communs avec les dispositions législatives françaises et anglaises mais accorde un sens particulier à la notion de créancier privilégié.

La diversité des législations en ce domaine est à l'origine de nombreux conflits de lois et présente de graves inconvénients pour le crédit puisque les créanciers n'ont pas la certitude que leurs droits seront reconnus dans tous les Etats. Une réforme s'imposait. Une convention signée à Bruxelles le 10 avril 1926 et ratifiée par la France en 1935 a mis fin, en partie, à cette insécurité (2). L'article 1er de cette convention dispose que « les hypothèques, mort-gages, gages sur navire, régulièrement établis d'après les lois de l'Etat contractant auquel le navire est ressortissant et inscrit dans un registre public, soit du ressort du port d'enregistrement, soit d'un office central, seront considérés comme valables et respectés dans tous les autres pays contractants ». Et les articles 2 et 3 précisent quels sont les privilèges qui priment l'hypothèque.

Il faut noter cependant que plusieurs Etats, tels que la Grande-Bretagne, n'ont pas encore ratifié la convention et que celle-ci permet aux lois nationales de déterminer les privilèges de seconde catégorie (art. 3, al. 2). Une telle situation laisse subsister de nombreux conflits de lois. Deux problèmes se posent en pratique. Il faut rechercher, tout d'abord, la loi compétente pour se prononcer sur l'existence, la réalité du droit invoqué. Puis, ce point précisé, il est important d'établir si la loi qui régit la sûreté est souverainement applicable ou si elle doit admettre la compétence d'une loi concurrente, par exemple la *lex fori* lorsque le débiteur a été déclaré en faillite.

### § 1. – LOI COMPÉTENTE POUR SE PRONONCER SUR L'EXISTENCE, LA RÉALITÉ DU DROIT INVOQUÉ : CONFLIT ENTRE LA LOI DU LIEU DE LA SITUATION DU NAVIRE ET LA LOI DU PAVILLON.

En règle générale, la *lex rei sitae* est seule compétente pour déterminer si un meuble pris individuellement peut être grevé d'une sûreté. Ce principe vaut-il également pour les navires ? Cette thèse a été très souvent soutenue (3), et plusieurs arguments ont été avancés pour fonder cette opinion.

---

(1) RIPERT, *op. cit.*, t. II, p. 68 et s.

(2) RODIÈRE, *Précis de droit maritime*, 1963, p. 80 et s.

(3) Caen, 12 juillet 1870, S., 1871.II.57 ; Cass. Req., 19 mars 1872, S., 1872.I.238 ; LAURENT, *Le droit civil international*, t. VII, 1881, nos 385 et s.

En premier lieu, aux termes de l'article 190 du Code de commerce « les navires et autres bâtiments de mer sont meubles ». La loi ne prévoit pas de règles spéciales pour ceux-ci et, en cas de conflit de lois, seule la *lex rei sitae* doit être appliquée. Ce principe a d'ailleurs été mis en œuvre par le tribunal civil de Tarascon le 27 mars 1931 (1) : « s'il est désirable que les privilèges sur un navire soient régis par une loi unique, quelle que soit la nationalité du port où les hasards de la navigation et la diligence des créanciers surprendront le navire lors d'une saisie, il n'en est pas moins certain que les navires sont des meubles et que dans le silence de la loi, il faut leur appliquer la règle commune applicable aux biens mobiliers ».

En second lieu, l'application de la loi de l'état où le navire se trouve répond aux exigences de l'ordre et du crédit public (2). Elle garantit et préserve les droits des habitants de cet Etat qui passent certains contrats avec le capitaine ou l'armateur. La mise en œuvre de la loi du pavillon pourrait porter préjudice à ces nationaux, dans la mesure où ils ne connaîtraient pas les particularités de cette législation.

Ces différentes justifications ne sont pas à l'abri des critiques. Celles-ci ont été formulées, à juste titre, par plusieurs auteurs (3). Il ne faut pas oublier, tout d'abord, que, sur certains points, les navires sont très différents des meubles et qu'on tend, dans certains cas, à les considérer comme des immeubles ou des personnes : ils ont un nom, une nationalité, un domicile. Certes, il n'est pas nécessaire de tenter, par tous les moyens, d'accentuer ces différences mais il ne faut pas non plus tomber dans l'excès contraire. Comme le soulignent Lyon-Caen et Renault « les lois concernant les biens mobiliers en général ne sont pas inapplicables aux navires seulement dans le cas où un texte formel de loi les écarte ; elles le sont encore lorsque les motifs de la loi générale relative aux biens mobiliers n'existent pas pour les navires : *cessante ratione legis, cessat lex.*

De plus, la mise en œuvre de la *lex rei sitae* pour les meubles est imposée par des raisons très précises. Ces biens sont à la source, à la base du commerce. La sauvegarde du crédit des tiers, le respect de l'ordre public exigent qu'ils soient régis par la loi du lieu où ils se trouvent puisqu'il est impossible de déterminer, au premier abord, la nationalité de leurs propriétaires. Ces justifications ne valent pas pour les navires. D'une part, ils n'alimentent pas mais rendent possible le commerce international. D'autre part, ils sont obligés d'avoir une nationalité qui est constatée officiellement par l'autorité publique et ils arborent le pavillon de l'Etat dont ils sont nationaux. Dès lors, la protection du crédit public ne peut plus exiger l'application de la *lex rei sitae* puisque les créanciers de l'armateur savent quelle est la loi qui régira leurs rapports. Ils ne peuvent donc pas avoir de surprise.

---

(1) Trib. civ. de Tarascon, 27 mars 1931, *Dor. supplém.*, 9, p. 214.

(2) Cour d'Appel d'Angleterre, 12 février 1923, *Rev. Dor.*, II, p. 191 ; Bordeaux, 23 juin 1930, *Dor. Supplém.*, 9, p. 184.

(3) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 5e éd., t. VI, p. 858 et 859 ; Despagnet, *op. cit.*, p. 1164 et 1165 ; Rolin, *op. cit.*, p. 107 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11442 ; Ripert, *op. cit.*, t. II, n° 1047, p. 25 ; Levillain, D., 1883.II.65 ; Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3e éd., p. 548.

De même, l'application de la *lex rei sitae* enlève toute valeur au droit d'hypothèque. Le navire, par sa nature, est essentiellement mobile. Le créancier devrait, ce qui est pratiquement impossible, se conformer aux conditions de publicité exigées par les lois des différents pays où le navire se rendrait pour que sa sûreté demeure valable.

Enfin, le recours à la loi du pavillon présente non pas des inconvénients pour les créanciers mais plutôt des avantages. Dans le cas contraire, les droits concédés par l'armateur sont assez illusoires. D'une part, si la loi du nouvel Etat où se trouve le navire ne reconnaît pas ces garanties, le bénéficiaire de la sûreté ne peut pas la revendiquer. La valeur du privilège est en quelque sorte subordonnée aux aléas de la navigation. Et même, si elle les admet, toute difficulté ne disparaît pas. Quel est le critère applicable pour classer tous ces avantages invoqués par les créanciers ? D'autre part, l'application de la *lex rei sitae* tend même à susciter une certaine fraude. Ainsi, le propriétaire d'un navire peut purger celui-ci d'une hypothèque en le conduisant dans un pays où l'hypothèque maritime n'est pas connue.

Aussi, pour éviter tous ces ennuis, il est préférable d'admettre la compétence de la loi du pavillon (1). La Cour de Cassation l'avait déjà préconisée dans un arrêt très ancien et le 24 juin 1912 elle s'est prononcée de nouveau en ce sens. Les termes de la décision rendue le 25 novembre 1879 sont très explicites. Un navire grec avait été grevé d'une hypothèque maritime par un acte passé en pays étranger. La juridiction Suprême a estimé que « si, aux termes de l'article 2128 du Code Civil les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner hypothèque que sur les biens de France, cette disposition, d'après le texte comme d'après l'esprit, ne s'applique qu'aux immeubles situés en France, et ne peut par conséquent être étendue aux navires étrangers, *qui ne se trouvent qu'accidentellement en France*, et qu'une fiction légale sur laquelle repose *la sécurité des mers et du commerce répute partie intégrante du territoire dont ils portent le pavillon* ; ... que les formalités prescrites par la loi du 10 décembre 1874 et par conséquent celles qui font l'objet de l'article 6 de cette loi, ne peuvent s'appliquer qu'à l'hypothèque sur les navires français et que leur inapplication en ce qui touche l'hypothèque sur les navires étrangers ne saurait faire obstacle à ce que cette hypothèque reçoive son effet en France, lorsqu'elle a été régulièrement constituée suivant la loi des pays auxquels appartiennent ces navires ».

De même, l'Institut de droit international lors de sa session de Bruxelles en 1885, le Congrès international de droit commercial réuni à Bruxelles en 1888 ont voté des résolutions en ce sens (2).

---

(1) Trib. Gênes, 9 août 1923, *Dor.* 7, p. 404 ; Cass. civ., 25 novembre 1879, S., 1880.I.257 ; Cass, civ., 24 juin 1912, D., 1913.I.457.

(2) Résolution votée par l'Institut de droit international : la loi du pavillon doit servir à déterminer :

1. quels sont les créanciers du bâtiment qui ont ou qui n'ont pas le droit de suite, dans le cas où il est aliéné ;
2. si le navire est susceptible ou non d'être hypothéqué ;
3. quelles sont les créances garanties par un privilège maritime ;
4. quels sont les rangs des privilèges sur les navires.

Mais cette autorité souveraine, ce pouvoir générateur, créateur reconnus à la loi du pavillon sont-ils absolus ? Faut-il appliquer dans tous les cas cette loi ou importe-t-il d'accorder une compétence concurrente ou complémentaire à une autre loi dans certaines hypothèses, à la loi de la faillite, par exemple, si l'armateur est déclaré en faillite ?

## § 2. — L'ARMATEUR EST DÉCLARÉ EN FAILLITE : CONFLIT ENTRE LA LOI DU PAVILLON ET LA LOI QUI RÉGIT LA FAILLITE

L'ensemble des auteurs qui se prononcent en faveur de l'application de la loi du pavillon semble accorder à cette loi une compétence exclusive. Il ne paraît pas accepter certaines exceptions, par exemple lorsque l'armateur fait l'objet d'une procédure de faillite. Faut-il se montrer aussi libéral que la majorité de la doctrine ou prévoir, comme le font Rolin et Travers (1), certains aménagements en faveur de la *lex fori*. Ces auteurs suivent le même raisonnement et appliquent les mêmes principes qu'en matière de sûreté réelle terrestre. Les navires sont réputés « partie intégrante de la souveraineté dont ils portent le pavillon » (2). La loi du pavillon se confond donc, et cette remarque est très pertinente, avec la *lex rei sitae*. Bien sûr, il ne s'agit pas de la loi du lieu de situation momentanée du navire mais de la loi du « port d'attache ». Dès lors, il faut envisager les deux hypothèses classiques : ou bien la *lex fori* peut être plus libérale que la *lex rei sitae* ou loi du pavillon. La loi de la faillite reconnaît à certains créanciers des garanties qui ne sont pas admises par la loi du « port d'attache ». Les sûretés maritimes sont des sûretés conventionnelles. Seule la *lex rei sitae* a une puissance créatrice, génératrice. Cette loi peut donc, à bon droit, exclure certains droits conférés par des dispositions législatives étrangères. Ou bien, la *lex fori* est plus exigeante, plus restrictive que la loi du pavillon. Elle tend à assurer une équitable répartition des biens du débiteur entre tous les créanciers. Et dans certaines hypothèses, pour atteindre ce but, elle limite ou supprime les droits invoqués par les créanciers. Dans ce cas, il faut lui reconnaître un souverain pouvoir d'appréciation. Cette répartition des compétences est très logique, il faut en convenir. Elle correspond à la thèse que nous avons soutenue en matière de sûretés réelles terrestres. Doit-elle être retransposée dans le domaine maritime ?

La question est très délicate et le choix lourd de conséquences. Il existe, en réalité, deux intérêts contradictoires en présence. Il est

---

Résolutions votées par le Congrès international de droit commercial, *Clunet*, 1888, p. 887. Article 1er : la loi du pavillon servira à déterminer :

1. les droits réels dont le navire est susceptible ;
2. les modes d'acquisition, de transmission et d'extinction des droits réels, ainsi que les formalités à remplir pour ces acquisition, transmission et extinction... ;
3. les conditions de l'existence, de l'exercice et de l'extinction du droit de suite ;
4. les créances privilégiées sur le navire et leur rang.

(1) Rolin, *op. cit.*, p. 107 et s. ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11442.II.

(2) Cass, Req., 11 février 1862, S., 1862.I.376.

dès lors difficile de trouver une solution qui soit un moyen terme, qui protège équitablement les deux intérêts. D'une part, le droit de la faillite tend à maintenir une certaine égalité entre tous les créanciers. D'autre part, le crédit est indispensable en matière maritime et les différents législateurs permettent aux armateurs et aux capitaines d'en trouver dans des conditions avantageuses et rapidement en instituant des garanties spéciales au bénéfice des créanciers. L'application de la loi de la faillite dans la mesure où elle est plus restrictive que la loi du « port d'attache » permet au droit de la faillite d'atteindre son but. La mise en œuvre de la loi du pavillon répond aux soucis des législateurs nationaux en assurant les créanciers de l'armateur d'une certaine sécurité.

Aussi, avant de se prononcer et de choisir, il importe d'envisager toutes les données du problème et de rechercher quel est l'intérêt qui doit être le plus protégé. Une première constatation s'impose, tout d'abord. Le créancier titulaire d'un droit réel sur un bien meuble ou immeuble terrestre peut déterminer facilement quelle sera la loi compétente si son débiteur tombe en faillite. En règle générale, la loi du pays où le failli possède son principal établissement est applicable. Celui-ci est facile à découvrir et son transfert dans un autre Etat ne peut être opéré qu'à certaines conditions. La détermination du centre principal d'activité d'un armateur est, par contre, plus difficile. Certains propriétaires de flottes pétrolières donnent même leurs instructions et traitent leurs affaires sur un navire transformé en centre administratif et commercial. Comment préciser, dès lors, quelle sera la *lex fori* éventuellement applicable ?

De même, le commerçant, personne physique ou morale, peut posséder des biens meubles ou immeubles dans plusieurs Etats Le recours à la loi de la faillite lorsqu'il ne peut plus faire face à toutes ses obligations maintient même une certaine égalité entre tous les créanciers privilégiés. Les lois applicables dans les différents Etats où se trouvent ces biens ne sont peut-être pas aussi libérales les unes que les autres. Certains créanciers bénéficiant de garanties pourraient se trouver favorisés par rapport aux autres. En droit maritime, ces difficultés n'existent pas puisque tous les droits réels grevant le navire sont régis par la loi du pavillon. Il faut même ajouter que la protection des créanciers chirographaires ne nécessite pas autant la mise en œuvre de la *lex fori*. En effet, si la loi du « port d'attache » est compétente, même lorsque l'armateur est déclaré en faillite, les créanciers qui accordent du crédit à celui-ci sans demander de garanties peuvent savoir très facilement quels seront les droits des créanciers privilégiés dans la mesure où leur débiteur ferait de mauvaises affaires. Cette incertitude et cette insécurité qui règneraient en matière de sûretés réelles terrestres si la *lex rei sitae* était appliquée n'existent pas en l'espèce.

Enfin, et cette raison est peut-être déterminante, le crédit est la base, l'élément dynamique du commerce maritime. Il a déjà été difficile de trouver un système cohérent qui permette au propriétaire d'un navire d'obtenir des facilités de paiement et qui protège en

même temps ses créanciers. L'application de la *lex fori* ne risque-t-elle pas de faire renaître l'incertitude initiale et indirectement de freiner le développement du commerce maritime en restreignant les possibilités pour l'armateur et le capitaine de bénéficier de crédit ?

Les droits allégués par les créanciers privilégiés doivent donc être régis par la loi du pavillon même lorsque la faillite est prononcée. Il serait, cependant, souhaitable que cette solution soit consacrée par une convention internationale. En l'absence de tout accord sur ce point, une disparité de solutions risque d'apparaître selon les juridictions saisies dans les différents Etats et l'incohérence dénoncée internationalement existerait toujours.

Les sûretés réelles maritimes sont donc régies par des règles différentes de celles qui prévalent en matière de sûretés réelles terrestres. Qu'advient-il lorsqu'un Etat revendique certains privilèges sur des biens situés sur son territoire ?

### Sous-section III. — Un état se prévaut de garanties sur les biens du failli situé sur son territoire : conflit entre la « lex rei sitae » et la « lex fori »

Dans de très nombreux Etats le législateur reconnaît un privilège général à l'Etat sur l'ensemble des biens d'une personne pour faciliter le recouvrement des impôts, par exemple. Supposons qu'un commerçant étranger possède des biens meubles et immeubles en France. Il est déclaré en faillite sur le territoire où il possède son principal établissement et la *lex fori* ne reconnaît pas les droits allégués par le fisc français. Il y a un conflit entre les dispositions législatives du pays où sont situés les biens et celles de l'Etat où la faillite a été prononcée. Pour résoudre ce problème, faut-il appliquer le principe général établi en matière de sûretés réelles terrestres ? Si la réponse est affirmative il apparaît que la *lex fori* est plus restrictive que la *lex rei sitae*. Celle-ci ne doit pas avoir un rôle créateur à l'encontre de la loi qui régit la faillite. La sûreté revendiquée par l'Etat français ne peut pas être reconnue. Cette solution n'est pas acceptable, cependant. L'intérêt économique de l'Etat où sont situés les biens exige que les dispositions de la *lex rei sitae* soient prises en considération et qu'elles soient reconnues malgré l'avis contraire donné par la *lex fori* (1).

Les droits revendiqués par un créancier bénéficiant de sûretés réelles peuvent donc faire l'objet de limitations si le débiteur est déclaré en faillite lorsque la loi qui régit l'obligation, la *lex rei sitae* et la *lex fori* sont divergentes. Mais, cette règle générale comporte certaines exceptions principalement lorsque la garantie invoquée est une sûreté maritime ou lorsqu'un Etat estime bénéficier de certains avantages sur les biens du failli situés sur son territoire. L'ensemble de ces dispositions est-il

(1) Rolin, « Des conflits de lois en matière de faillite », *Académie de droit international, Recueil des cours*, 1926, IV, p. 105.

également applicable lorsque le conjoint du failli entend exercer certains droits ?

## Section III. — Le conjoint du failli revendique certains droits

Le législateur se montre généralement très sévère à l'égard de la femme du failli. Il lui attribue une part de responsabilité dans la faillite. Il considère qu'ayant participé aux bénéfices du commerce, elle doit en partager les risques. De plus, il veut empêcher que l'attachement du mari à l'égard de sa femme ne le pousse à avantager celle-ci et éviter toute tentative de fraude au détriment des créanciers. Cette sévérité se traduit habituellement par certaines limitations apportées aux droits et avantages qu'elle peut revendiquer. La mise en œuvre de ces dispositions restrictives ne présente pas de grandes difficultés en droit interne. Il n'en est pas de même lorsque la loi qui régit la faillite est différente de celle applicable au régime matrimonial ou lorsque le failli possède certains biens dans un autre Etat.

Avant d'étudier ces difficultés une précision préalable s'impose immédiatement. D'une part, le droit allégué par la femme du commerçant déclaré en faillite doit être admis par la loi qui régit les intérêts matériels des époux. Seule celle-ci a une puissance créatrice. Et la bénéficiaire de l'avantage doit démontrer que ses exigences sont vérifiées en utilisant les modes de preuve reconnus par la loi génératrice du droit. D'autre part, lorsque le conjoint invoque une sûreté réelle grevant un bien meuble ou immeuble, cette garantie accordée par la loi régissant les rapports pécuniaires des époux doit être reconnue par la *lex rei sitae*.

Mais, ces précisions ne suffisent pas. Il est important de déterminer quel est le domaine d'application des dispositions contenues dans la *lex fori* lorsque celles-ci sont différentes de celles énoncées par la *lex rei sitae* ou par la loi régissant les intérêts matériels des époux. Il n'est pas possible de donner une solution générale. Il faut étudier, dans un but de clarté, les trois hypothèses possibles. En premier lieu, la femme du failli peut bénéficier d'une hypothèque légale. En second lieu, elle entend parfois exercer certains droits de reprises ou revendiquer certains avantages matrimoniaux. En troisième lieu, enfin, certaines législations disposent que la déclaration de faillite modifie la nature du régime matrimonial.

## § 1. — LE CONJOINT DU FAILLI BÉNÉFICIE D'UNE HYPOTHÈQUE LÉGALE : CONFLIT ENTRE LA LOI APPLICABLE AU RÉGIME MATRIMONIAL, LA « *LEX REI SITAE* » ET LA « *LEX FORI* ».

De nombreuses lois limitent l'importance de la sûreté réelle dont bénéficie le conjoint du failli. Ainsi, l'article 64 de la loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851 dispose que « la femme aura une hypothèque spéciale sur les biens qui sont affectés par le contrat de mariage, pour sûreté de sa dot et de ses conventions matrimoniales. Elle pourra également stipuler, dans son contrat de mariage, une hypothèque spéciale pour garantie des reprises de toute nature, même conditionnelles ou éventuelles, qu'elle pourra avoir à exercer contre son mari ». Mais, l'article 559 de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 précise que « la femme dont le mari est commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ou le sera devenu dans les deux années qui auront suivi cette célébration, n'aura hypothèque que sur les immeubles qui appartenaient à son mari à cette époque, ou qui lui sont échus depuis par succession, et seulement :

1. pour les deniers et effets mobiliers qu'elle aura apportés en dot ou qui lui sont advenus depuis le mariage, par succession ou donation entre vifs ou testamentaire, et dont elle prouvera la délivrance ou le jugement par acte authentique ;

2. pour le remploi de ses biens aliénés depuis le mariage ;

3. pour l'indemnité des dettes par elle contractées avec son mari ».

Des dispositions similaires se retrouvent dans l'article 544 du code de commerce français. La seule différence est dans le délai de deux ans qui ramené à un an. Dès lors, quelle est la loi applicable lorsque, par exemple, un français, propriétaire de biens situés en France, devient commerçant dans les deux années qui suivent la célébration du mariage et est déclaré en faillite en Belgique ? Il faut choisir entre la loi qui régit les intérêts matériels des époux, la *lex rei sitae* et la *lex fori*. Il est évident que les restrictions apportées au droit allégué par le conjoint ne seront pas les mêmes selon le choix opéré. Si la loi française est compétente, la sûreté revendiquée ne subira pas de limitations. Si la loi belge est mise en application, la solution sera très différente En fait, chacune de ces lois a eu des partisans.

### A. — Application de la loi régissant les intérêts matériels des époux

Cette solution doit être rejetée. D'une part, il ne s'agit pas de préciser les droits et les obligations des époux l'un envers l'autre, mais de déterminer les effets d'un événement juridique particulier sur les rapports du conjoint avec des tiers, les créanciers du mari. Ce problème ne rentre pas dans le cadre normal des situations régies par la loi applicable au régime matrimonial. D'autre part, cette solution conduit

à faire déterminer les conséquences d'une faillite par une loi autre que celle qui la régit. Cette éventualité est inconcevable. La femme du failli ne peut pas invoquer, pour justifier cette possibilité, l'insécurité qui découle de l'application d'une loi autre que celle qui règle leurs intérêts matériels. Elle doit, ou du moins elle peut savoir, lorsque son mari exerce une activité commerciale dans un Etat étranger, si les dispositions législatives applicables sur ce territoire lui sont moins favorables.

Si cette solution n'est pas justifiée, faut-il attacher plus d'importance à la thèse soutenue par les défenseurs de la *lex rei sitae*.

### B. — Application de la loi du lieu de situation des biens grevés (1)

Les limitations apportées à l'hypothèque légale de la femme du failli « intéressent tout particulièrement le crédit public ». De ce fait, seule la *lex rei sitae* est habilitée à se prononcer sur ce point. Si la loi qui régit la faillite et la loi du lieu de situation du bien sont divergentes, seule cette dernière est applicable.

Ce point de vue n'est pas partagé par tous les auteurs. Les partisans de la *lex fori* ont émis plusieurs critiques.

### C. — Application de la loi qui régit la faillite (2)

La compétence de la *lex rei sitae* doit être rejetée pour plusieurs raisons. En premier lieu, les restrictions prévues par la *lex fori* ne portent pas atteinte à la constitution de la propriété. L'hypothèque légale du conjoint est généralement reconnue par les deux lois susceptibles d'être appliquées. Elles divergent seulement sur l'importance des limitations apportées à l'exercice du droit allégué. Comment la notion d'ordre public peut-elle dès lors intervenir ? En second lieu, comme le fait observer Rolin « au point de vue du régime des biens, il est indifférent que ces biens soient réservés à la femme du failli, ou aux créanciers de celui-ci ». En troisième lieu, l'application de la *lex rei sitae* risque de faire naître des situations paradoxales. Supposons qu'un commerçant soit déclaré en faillite dans un Etat étranger et possède certains biens en France. Si les dispositions contenues dans la loi étrangère qui régit la faillite sont moins restrictives que celles énoncées par l'article 544 du code de commerce français, la mise en œuvre de celle-ci tend à protéger davantage les droits des créanciers. La loi du lieu de situation du bien ne dépasse-t-elle pas, alors, le cadre de ses attributions ?

---

(1) Despagnet, *Précis de droit international privé*, 5e éd., n° 434, p. 1220 ; Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de droit international privé*, 4e éd., n° 532, p. 658 ; De Boeck, « Les conflits de lois en matière de droits réels en cas de faillite », *Rev. dr. int. pr.*, 1913, p. 303 ; Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2e éd., t. VI, p. 292, note 1.

(2) Rolin, *op. cit.*, p. 126 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1288 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, nos 11459 11454 ; Valensi, *Répert. dr. int.*, t. VIII, Vo Faillite, n° 277.

En quatrième lieu, enfin, les limitations prévues par la *lex fori* tendent à permettre une juste distribution de l'actif du failli entre tous les créanciers. Il est donc normal, lorsqu'elle est plus restrictive que les autres lois susceptibles d'être appliquées, qu'elle soit compétente et que l'intérêt général de la masse l'emporte sur l'intérêt particulier du conjoint.

Si la loi qui régit la faillite doit être appliquée, il ne faut pas oublier cependant, que son intervention est essentiellement prohibitive, négative. Certains tribunaux ne se sont pas, à tort, rangés à cet avis. La décision rendue par l'Oberlandesgericht de Darmstadt, le 3 novembre 1885, encourt ce reproche (1). Son influence n'a peut-être pas été très grande, mais elle contient certaines erreurs qui doivent être relevées. Une dame T..., s'était mariée sans contrat à Wetzler sous l'empire de la loi prussienne qui n'accordait pas au conjoint des garanties dans la faillite du mari en raison de ses apports. Les époux transférèrent par la suite leur domicile dans le Grand Duché de Hesse. La législation en vigueur dans cet Etat reconnaissait certains privilèges à la femme mariée. La faillite du mari ayant été prononcée sur ce territoire, il était important de déterminer si la dame T... pouvait invoquer les droits que lui reconnaissait la loi Hessoise. Le tribunal saisi l'admit estimant que « le privilège accordé à la femme en raison de ses apports ne constitue pas une partie du droit matrimonial applicable dans les relations des deux époux, mais a trait aux rapports de la femme avec les autres créanciers de la faillite, quant à la manière dont ils doivent respectivement recevoir satisfaction dans la faillite. Or, la détermination du rang des créanciers doit se faire d'après la loi du lieu où s'ouvre la faillite ». Cette solution doit être rejetée pour une double raison. En premier lieu, les garanties reconnues à la femme mariée répondent à un désir de protection et rentrent bien dans le cadre du droit matrimonial. En second lieu, le conjoint du failli ne peut revendiquer certaines sûretés que lorsque celles-ci sont admises par la loi qui régit les intérêts matériels des époux. Seule celle-ci dispose d'un pouvoir créateur et lorsqu'elle fait preuve d'une certaine carence sur ce point la *lex fori* ne peut pas y suppléer. Cette possibilité ne fait pas partie de ses attributions et va même à l'encontre du but qu'elle poursuit. Elle tend à maintenir une stricte égalité entre tous les créanciers et son application, lorsqu'elle est plus libérale que la loi qui régit les rapports matrimoniaux des époux, produit l'effet contraire.

La *lex fori* est donc compétente dans la seule hypothèse où elle est plus limitative que les autres lois susceptibles d'être appliquées. Cette règle générale mise en œuvre lorsque le conjoint du failli revendique une hypothèque légale vaut-elle également lorsqu'il entend exercer certains droits de reprises ou lorsqu'il prétend bénéficier de certains avantages matrimoniaux.

---

(1) Oberlandesgericht de Darmstadt, 3 novembre 1885, *Clunet*, 1888, p. 109.

## § 2. — LE CONJOINT DU FAILLI ENTEND EXERCER CERTAINS DROITS DE REPRISES OU PRÉTEND BÉNÉFICIER DE CERTAINS AVANTAGES MATRIMONIAUX : CONFLIT ENTRE LA LOI RÉGISSANT LES RAPPORTS MATRIMONIAUX DES ÉPOUX ET LA « *LEX FORI* ».

Dans de nombreuses législations, la faillite du mari limite considérablement la possibilité pour le conjoint d'exercer des droits de reprises. Et il ne peut prouver que ses prétentions sont justifiées qu'en utilisant certains procédés. Ainsi, aux termes de l'article 555 de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 « sous quelque régime qu'ait été formé le contrat de mariage, la présomption légale est que les biens acquis par la femme du failli appartiennent à son mari, ont été payés de ses deniers et doivent être réunis à la masse de son actif, sauf à la femme à prouver le contraire ». Des dispositions similaires existent dans l'article 542 du code de commerce français. De même, l'article 560 de la loi belge du 18 avril 1851 réglemente d'une façon très précise les droits de reprises mobilières du conjoint. « Tous les meubles meublants, effets mobiliers, diamants, tableaux, vaisselle d'or et d'argent et autres objets, tant à l'usage du mari qu'à celui de la femme, sous quelque régime qu'ait été formé le contrat de mariage, seront dévolus aux créanciers sans que la femme puisse en recevoir autre chose que les habits et linges à son usage, qui lui seront accordés d'après la disposition de l'article 476. Toutefois, la femme pourra reprendre en nature les effets mobiliers qu'elle s'est constitués par contrat de mariage ou qui lui sont advenus par succession, donations entre vifs ou testamentaires et qui ne sont pas entrés en communauté, pourvu que l'identité en soit prouvée par inventaire ou tout autre acte authentique ». Enfin, aux termes de l'article 55 de l'ordonnance autrichienne du 10 décembre 1914 sur la faillite « la disposition de l'article 1226 du code civil sur la preuve de la remise de la dot ne peut être invoquée par l'épouse du failli que si l'acte dressé dans la forme légale qui constate la réception de la dot a été fait soit lors de cette réception, soit au plus tard deux ans avant l'ouverture de la faillite ».

Ces dispositions limitatives ne visent pas seulement les droits de reprises exercés par le conjoint. Elles réglementent également la revendication par celui-ci de certains avantages matrimoniaux. Ainsi, les articles 545 du Code de commerce français et 557 de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 ne lui permettent pas d'invoquer ces avantages et, en compensation, interdisent aux créanciers de prendre en considération ceux qu'il a pu consentir au failli (1).

Mais, ces limitations n'existent pas, parfois, dans la loi qui régit les

(1) Article 557 de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 : « La femme dont le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage ou le sera devenu dans les deux ans qui auront suivi cette célébration, ne pourra exercer dans la faillite aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage ; et, dans ce cas, les créanciers ne pourront se prévaloir des avantages faits par la femme au mari dans le même contrat ».

intérêts matériels des époux ou elles sont différentes. Il est donc important de déterminer quelle est la loi compétente pour préciser si les droits revendiqués par le conjoint du failli doivent subir certaines restrictions. Il faut constater avec plaisir que tous les auteurs qui se sont penchés sur ce problème estiment que seule la loi qui régit la faillite est habilitée à se prononcer sur ce point (1). Cet accord a d'autant plus d'importance que ces mêmes auteurs ne préconisent pas tous l'application de la même loi lorsque la femme du débiteur failli prétend bénéficier d'une hypothèque légale. Dans le cas présent, ces mesures restrictives tendent à prévenir toute manœuvre frauduleuse émanant du conjoint. Elles cherchent à l'empêcher de s'approprier une partie de l'actif. Ces dispositions veulent protéger l'ensemble des créanciers. Il est donc normal que seule la *lex fori* soit applicable.

Cette solution n'est d'ailleurs pas seulement préconisée par la doctrine. La jurisprudence s'est plusieurs fois prononcée en ce sens. Et, cette tendance n'est pas particulière aux juridictions françaises (2). Elle se retrouve également en Belgique (3) et en Suisse (4). Mais, c'est peut-être la décision rendue par la Cour d'Appel d'Orléans le 17 juillet 1895 qui résoud avec le plus de clarté le problème : « Attendu, y est-il dit, que si l'étranger domicilié en France peut y être jugé d'après les règles de son statut personnel, il en est autrement lorsque ces règles font échec à des lois françaises qui sont d'ordre public ; que les lois qui régissent la faillite sont d'ordre public en France, que l'article 560 du Code de commerce au titre de la faillite a le même caractère ; que l'association conjugale des époux Tachet doit, sans doute être régie entre eux par les lois de leur pays d'origine mais que l'article 560 du Code est seul applicable aux débats quant aux justifications que la dame Tachet doit faire au regard des créanciers de son mari... » (5).

En définitive, lorsque le conjoint du failli bénéficie d'une hypothèque légale, entend revendiquer certains droits de reprises ou invoquer certains avantages matrimoniaux, seule la loi qui régit la faillite est compétente dans la mesure où elle est plus restrictive que les autres lois susceptibles d'être appliquées. Mais, certaines dispositions législatives ne se contentent pas d'apporter des limitations aux droits allé-

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, nos 1288 *bis* et 1290 ; Surville, *op. cit.*, n° 532 ; Weiss, *op. cit.*, t. VI, p. 288 et 289 ; Valensi, *Répert. dr. int.*, t. VIII, V° Faillite, n° 278 ; Rolin, *op. cit.*, p. 128 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11458 et 11460 ; Pic, note sous Cass. civ., 11 mars 1913, D., 1914, p. 185.

(2) Orléans, 17 juillet 1895, *Clunet*, 1895, p. 1038 ; Trib. civ. Tunis, 18 novembre 1886, *Clunet*, 1889, p. 295 : « les prescriptions qui limitent les droits de la femme en cas de faillite de son mari, sont des règles d'ordre public édictées par le législateur français pour empêcher le détournement de l'actif de la faillite au moyen d'actes suspects de fraude et, par suite, ces règles doivent être appliquées par les tribunaux français, quelle que soit la nationalité de la femme du failli ».

(3) Cour de Bruxelles, 2 juillet 1902, *Clunet*, 1904, p. 202 : « les articles 555 et 560 de la loi des faillites du 18 avril 1851 relatifs aux droits de la femme en cas de faillite du mari sont applicables quels que soient la nationalité de la femme, le lieu de son mariage et son régime matrimonial ».

(4) Trib. com. Genève, 22 janvier 1874, *Clunet*, 1874, p. 334.

(5) Voir cependant *Clunet*, 1899, p. 367, Trib. civ. Tunis, 28 octobre 1898, qui se prononce en sens contraire.

gués par la femme du débiteur failli ? Elles prévoient parfois des modifications de la nature du régime matrimonial. Leur domaine d'application est-il, dans ce cas, aussi large ?

## § 3. — SELON CERTAINES LOIS LA DÉCLARATION DE FAILLITE MODIFIE LA NATURE DU RÉGIME MATRIMONIAL : CONFLIT ENTRE LA LOI QUI RÉGIT LES INTÉRÊTS MATÉRIELS DES ÉPOUX ET LA « *LEX FORI* ».

La modification de la nature du régime matrimonial préconisée par certaines lois à la suite de la déclaration en faillite de l'un des époux pose un double problème : ou bien la loi qui régit les rapports pécuniaires des époux ne prévoit pas de tels changements et il y a alors conflit entre les dispositions contenues dans celle-ci et celles énoncées par la *lex fori* ; ou bien les deux lois ne proposent pas la même réforme et la difficulté est encore plus grande.

### A. — La loi qui régit les intérêts matériels des époux ne prévoit pas la modification de la nature du régime matrimonial

Il ne faut pas rechercher une solution unique. La loi applicable n'est pas la même selon que le changement imposé par la *lex fori* tend à protéger les créanciers ou le conjoint.

#### 1° Les modifications prévues par la « lex fori » tendent à protéger les créanciers

L'article 182 du Code civil suisse doit être rangé dans cette catégorie lorsqu'il dispose que « les époux sont soumis, de plein droit, au régime de la séparation des biens dès que les créanciers de l'un deux subissent une perte dans la faillite ». Dans cette hypothèse seule la loi qui régit la faillite doit être compétente, puisque cette mesure rentre dans le cadre des principaux buts poursuivis par celle-ci. Elle tend à permettre une meilleure distribution des biens du failli entre tous les créanciers. Et le conjoint ne peut pas s'y soustraire en invoquant sa qualité de tiers, puisque l'intérêt général de la masse doit l'emporter sur l'intérêt particulier de la femme du failli.

Le tribunal fédéral suisse a d'ailleurs fait une très juste application de cette règle le 20 janvier 1922 (1). Aux termes de cette décision « il faut, à la vérité, partir de ceci qu'aux dispositions des articles 182 et suivants du code civil... et, en particulier, à celles de l'article 182, alinéa 1er, sur la mise en œuvre de la séparation de biens comme conséquence légale de la faillite, sont soumis tous les époux habitant la Suisse, fussent-ils étrangers. Ces dispositions sont de nature impérative. En conséquence, si les créanciers subissent une perte dans une

(1) Tribunal fédéral suisse, 20 janvier 1922, *Clunet*, 1922, Somm., p. 759, analyse faite par TRAVERS, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11462.

faillite ouverte en Suisse, sur une personne mariée, le régime matrimonial existant jusque-là est, par la force de la loi, remplacé, dans tous les cas, par celui de la séparation de biens, et, celà, dans les rapports des époux entre eux aussi bien que vis-à-vis des tiers. Il n'y a aucune différence à faire suivant que la loi étrangère, qui peut avoir régi les rapports pécuniaires des époux, lie, également ou non, à la faillite d'un époux ou à la perte subie par les créanciers, la mise en vigueur du régime de la séparation de biens».

Si cette modification apportée par la loi qui régit la faillite à la nature du régime matrimonial se conçoit lorsque ce changement tend à protéger les créanciers, qu'advient-il lorsqu'elle est édictée dans l'intérêt du conjoint ?

### 2° Les modifications prévues par la «lex fori» tendent à protéger le conjoint

Dans cette hypothèse, les dispositions contenues dans la lex fori ne doivent pas être mises en œuvre. Cette loi est exclusivement applicable lorsqu'elle cherche à protéger les droits de la masse en assurant une équitable répartition de l'actif entre tous les créanciers. Lorsque les mesures qu'elle propose sont en contradiction ou sont différentes de celles énoncées par la loi normalement compétente, la loi qui régit les intérêts matériels des époux en l'espèce, elles doivent cependant être observées lorsqu'elles poursuivent ce but. Mais, il ne doit pas en être de même lorsque les modifications préconisées par la loi qui régit la faillite tendent à garantir les droits du conjoint, par exemple. Dans ce cas seule la loi qui règle les rapports pécuniaires des époux doit être consultée au sujet de ce changement éventuel.

Ainsi, aux termes de l'article 1443 du code civil français « la séparation de biens ne peut être poursuivie qu'en justice par la femme dont la dot est mise en péril et lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient point suffisants, pour remplir les droits et reprises de la femme». Il est évident que ces dispositions répondent à un souci de protection de la femme et qu'elles ne peuvent pas être comparées à celles édictées par l'article 182 du Code civil suisse. Dès lors, la femme d'un commerçant étranger déclaré en faillite en France ne peut pas invoquer ce droit. La Cour de Nancy a fort bien mis ce point en évidence dans la décision qu'elle a rendue le 23 mai 1900 (1). Deux époux de nationalité allemande s'étaient établis en France où le mari était devenu commerçant et avait été déclaré en faillite par le tribunal de Briey le 20 juillet 1899. La même année, la femme du failli avait introduit devant le tribunal civil du même arrondissement une demande en séparation de biens en faisant valoir que « sa demande en séparation de biens se rapporte à l'exercice d'un droit qui dérive de la loi française sur les faillites, loi d'ordre public dont elle doit nécessairement subir les conséquences en France, quoiqu'elle soit étrangère à ce pays». La juridiction saisie a

(1) Nancy, 23 mai 1900, *Clunet*, 1900, p. 988.

très justement répondu « que la loi sur les faillites ne régit que les actions résultant de la faillite, c'est-à-dire celles qui en naîssent ou qui sont exercées à son occasion ; qu'elle ne s'applique pas à celles dont le principe est étranger à l'état de faillite, et absolument indépendant de cet état ; qu'au nombre de ces dernières, se trouve l'instance en séparation de biens qui, en effet, n'a pas pour cause exclusive l'ouverture ou l'administration de la faillite et, pour laquelle par conséquent, le droit commun conserve son empire ».

Si le problème est déjà délicat à résoudre lorsque seule la *lex fori* prévoit certaines modifications apportées à la nature du régime matrimonial, la difficulté est encore plus grande lorsque la loi de la faillite et la loi qui régit le régime matrimonial préconisent toutes deux des changements différents.

### B. — La loi qui régit les intérêts matériels des époux et la « lex fori » prévoient toutes les deux une modification différente de la nature du régime matrimonial

Dans cette espèce, il existe deux hypothèses possibles. La solution varie selon chaque cas. La réforme proposée par la *lex fori* peut, d'une part, tendre à protéger le conjoint. Seule la loi applicable au régime matrimonial est alors compétente. Elle peut, d'autre part, chercher à préserver les intérêts de la masse. Les deux lois en conflit doivent être appliquées dans leurs ressorts territoriaux respectifs. Et les Etats tiers doivent seulement tenir compte des modifications imposées par la loi qui règle les rapports pécuniaires des époux car, comme le souligne Travers (1) « la compétence normale doit l'emporter sur la compétence exceptionnelle ».

---

(1) Travers, *Le droit commercial international*, Vol. VII, fasc. 1, n° 11462.

## CHAPITRE V

# EFFETS DE LA FAILLITE A L'ÉGARD DU DÉBITEUR

Les effets produits par la faillite à l'égard du débiteur peuvent être classés, pour des raisons de clarté, en trois catégories. Les uns sont communs au failli personne physique ou morale. Les autres sont propres au commerçant personne physique. Les autres enfin, sont particuliers aux personnes morales.

Le dessaisissement du débiteur entre dans la première catégorie. Lorsque le commerçant exerce le commerce sur un plan international deux difficultés peuvent apparaître.

Ou bien la faillite est prononcée en France, et il faut rechercher quelle est la loi compétente pour déterminer, d'une part la nature juridique du dessaisissement, et, d'autre part, l'étendue de celui-ci. Toutes les législations n'attachent pas à la notion de dessaisissement le même sens et ne lui reconnaissent pas le même domaine d'application. De ce fait, lorsqu'un commerçant étranger est déclaré en faillite en France, trois lois ont vocation à s'appliquer. Il faut choisir entre la *lex fori*, la loi qui régit le statut juridique du débiteur, et la *lex rei sitae* dans la mesure où tous les biens du failli ne sont pas situés dans le même Etat.

Ou bien le jugement déclaratif de faillite émane d'une juridiction étrangère, et il importe de se demander, en premier lieu, si le dessaisissement atteint les biens du débiteur se trouvant en France avant que la décision étrangère ait été rendue exécutoire. Ce point éclairci, il est nécessaire, en second lieu, de préciser quelle est la loi applicable lorsque la législation étrangère n'attache pas au dessaisissement les mêmes effets ou la même étendue que la loi française, *lex rei sitae*.

Si le dessaisissement frappe le failli, personne physique ou morale, certains effets n'atteignent que le commerçant personne physique. Il encourt en particulier un certain nombre de restrictions et de déchéances. La mise en œuvre de ces mesures pose un double problème.

D'une part, frappent-elles le débiteur étranger déclaré en faillite en France, et produisent-elles certains effets sur notre territoire lorsque le jugement déclaratif a été prononcé par un tribunal étranger ?

D'autre part, le failli ne peut, en droit français, être relevé de ces incapacités que par la réhabilitation. Or, les différentes lois qui réglementent ces déchéances ne les font pas cesser à la même époque et n'utilisent pas le même procédé pour obtenir ce résultat. Quelle est

de ce fait la loi compétente pour y mettre fin lorsqu'elles découlent d'une faillite déclarée dans un autre Etat et dont les effets ont été admis en France ?

La faillite produit enfin certains effets qui sont propres au débiteur personne morale. Si la plupart des législations admettent que la déclaration en faillite d'une société entraîne des conséquences particulières, ces effets ne sont pas les mêmes dans les différentes lois. Il peut y avoir, de ce fait, un conflit entre la loi de la faillite et la loi de la société si la faillite est territoriale entre la loi de la faillite et la loi de la situation des biens si la faillite est universelle.

## Section I. — Effets communs au débiteur, personne physique et personne morale : Le dessaisissement

### § 1. — LA FAILLITE EST PRONONCÉE EN FRANCE

Le dessaisissement est un des effets principaux de la faillite. Les créanciers sont déjà victimes de l'incapacité professionnelle du débiteur. Il est donc normal de mettre fin à cette gestion désastreuse en lui substituant une personne plus compétente qui répartira le reste de l'actif d'une manière équitable.

De ce fait, cette mesure se retrouve dans la plupart des lois qui réglementent la faillite. Ainsi, aux termes de l'article 6, alinéa 1er de l'ordonnance allemande sur la faillite du 10 février 1877 « l'ouverture de la procédure entraîne la perte pour le failli du droit d'administrer ceux de ses biens qui font partie de la masse de la faillite et du droit d'en disposer ». De même, l'article 444 de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 dispose que « le failli, à compter du jugement déclaratif de la faillite, est dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il en est état de faillite ». L'article 878 du code de commerce espagnol déclare également que « lorsque la faillite aura été déclarée, le failli sera incapable d'administrer ses biens. Tous les actes d'administration et de disposition postérieure à l'époque où rétroagissent les effets de la faillite seront nuls ». Des dispositions similaires existent, enfin, dans les législations italienne (art. 42, décr. du 16 mars 1942) française (art. 473, al. 1er C. com.) (1), hollandaise (art. 23 de la loi sur la faillite de 1896).

Mais, si le principe même du dessaisissement est admis dans la

(1) Article 473, alinéa 1er, du Code de commerce français « le jugement qui prononce la faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration et de la disposition de ses biens, même de ceux qu'il peut acquérir à quelque titre que ce soit, tant qu'il est en état de faillite ».

plupart des législations, toutes ne lui reconnaissent pas la même nature juridique et la même étendue.

### I. — *Nature juridique du dessaisissement*

La nature du dessaisissement varie selon les Etats. Il est possible de discerner trois conceptions principales.

Selon les droits anglais, canadien et américain, il résulte du transfert de la propriété des biens du failli à la masse des créanciers ou au trustee. La conception allemande y voit la constitution d'un droit réel au profit de la masse (2). Dans la thèse française, enfin, le dessaisissement se caractérise par l'inopposabilité à la masse des actes faits par le débiteur après le jugement déclaratif de faillite. C'est une indisponibilité pesant sur le failli dans l'intérêt de la masse (1). Le dessaisissement n'enlève pas au failli la propriété de ses biens et il ne peut pas être comparé à un incapable. Celui-ci ne peut pas faire d'actes juridiques valables, et c'est en général pour sa protection que l'incapacité est édictée. Les actes du débiteur, au contraire, ne sont pas opposables à la masse, mais ils ne sont pas nuls en eux-mêmes et leur validité produira ses effets lorsque la faillite sera terminée, c'est-à-dire lorsque le débiteur aura repris son activité.

Ces divergences profondes qui règnent au sein des différentes législations rendent difficile la détermination de la loi compétente pour régir le dessaisissement.

Ainsi, si la première conception belge du dessaisissement triomphait encore, seule la loi applicable dans ce pays serait habilitée à régir le dessaisissement quelque fut l'état où la faillite serait déclarée. Cette mesure se présentait comme une modification apportée à la capacité du failli et seule la législation qui la réglementait était compétente puisqu'une loi ne peut retirer que les droits qu'elle a elle-même accordés.

La mise en œuvre des conceptions anglaises ou allemandes, au contraire, suppose l'application de la *lex rei sitae* puisque le dessaisissement modifie l'organisation de la propriété. Cette théorie présente d'ailleurs de nombreux inconvénients. Si un commerçant, personne physique ou morale anglaise ou allemande, possède des biens situés dans plusieurs Etats, le dessaisissement est régi non pas par une loi

---

(1) Percerou et Desserteaux, *Faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, 2e éd., t. I, n° 480, p. 619 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VII, 5e éd., nos 204 et s. ; Wahl, *Précis de droit commercial*, 1922, nos 2319 et s. ; Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5e éd., 1964, par Roblot, n° 2890, p. 370 ; Cass. com., 22 mars 1960, *Gaz. Pal.*, 1960.II.83 ; Houin, *Répert. dr. com. et des sociétés*, Encycl. Dalloz, II, V° Faillite, n° 929. Cette conception semble triompher également actuellement en droit belge : Frederico, *Traité de droit commercial belge*, 1949, t. VII, n° 74, p. 159. Il apparaît, cependant, que le dessaisissement a été considéré pendant un certain temps en Belgique comme un effet de l'incapacité qui frappe le failli : Trib. Bruxelles, 17 avril 1894, *Clunet*, 1895, p. 430 ; Travers, *Le droit commercial international*, Vol. VII, fasc. I, n° 11317 ; Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 373, note 2 ; Safa, *La faillite en droit international privé*, p. 12.

(2) Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 374, note 2.

unique, mais par une multiplicité de lois. La loi du lieu de situation de chaque bien doit préciser si elle reconnaît ce mode de transfert de la propriété lorsque la faillite est prononcée en Angeterre et si le droit réel allégué par la masse est valable lorsqu'elle est déclarée en Allemagne. Il est même permis de se demander si on ne va pas au devant de difficultés insolubles lorsque la *lex rei sitae* ne reconnaît pas ces modifications apportées au régime de la propriété ou lorsqu'elle n'admet pas ces constitutions de garanties. Le débiteur failli conserve-t-il alors tous ses droits sur les biens régis par ces lois ?

Quelle était, dès lors, la loi compétente pour régir le dessaisissement lorsqu'un belge, par exemple, était déclaré en faillite en France ? Dans cette hypothèse, il semblait difficile de décider que la loi française puisse frapper de déchéances une personne dont elle ne réglementait pas la capacité. Cette solution rationnelle, *a priori*, n'a pas été adoptée, cependant, par l'ensemble de la doctrine (1). Une étude plus approfondie de la question permet de comprendre son opposition. Le dessaisissement est un effet et peut-être la conséquence la plus importante de la déclaration de faillite. Il serait inutile de prendre toutes les dispositions nécessaires pour assurer une répartition équitable de tous les biens du failli entre les créanciers si la gestion demeurait aussi désastreuse. Or, dans la mesure où la compétence d'une loi étrangère est admise celà revient à faire déterminer les effets d'une faillite par une loi autre que celle qui la régit. De plus, la notion française du dessaisissement ne présente pas de graves dangers pour le débiteur étranger puisqu'il est privé du droit d'administrer et de disposer de ses biens, mais ne perd pas la propriété. D'ailleurs, même si le failli courait de graves dangers il faudrait passer outre. Le droit de la faillite doit avant tout protéger les créanciers et, subsidiairement, dans la mesure où les deux intérêts en présence ne sont pas contradictoires, le débiteur. Enfin, il faut noter qu'il n'y a pas nécessairement un lien entre le dessaisissement et l'idée d'incapacité. Ces mesures ne tendent pas à protéger l'incapable c'est-à-dire le failli. Elles poursuivent même un but opposé. Elles cherchent avant tout à prévenir toute tentative de fraude émanant du débiteur et elles sont très différentes de celles qui frappent l'interdit ou le mineur (2). Si le dessaisissement n'implique donc pas nécessairement l'idée d'incapacité, la mise en œuvre d'une loi étrangère, la loi belge en l'espèce, était encore plus discutable.

Si la loi française, *lex fori*, doit être seule consultée pour savoir quelle est la nature juridique du dessaisissement, son autorité est-elle également souveraine lorsqu'il s'agit de préciser l'importance, l'étendue de celui-ci.

---

(1) Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 374 ; Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, 1924, t. II, n° 783 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11321.

(2) Pic, « Des sociétés commerciales en droit international privé », *Clunet*, 1892, p. 593.

### II. — *Etendue du dessaisissement : conflit entre la « lex fori » et la « lex rei sitae »*

Il semble logique, *a priori*, que la *lex fori*, apte à déterminer la nature juridique du dessaisissement, indique également quelle est l'ampleur de cette mesure. La question n'est pas, cependant, aussi simple qu'elle le paraît au premier abord. Très souvent, tous les biens du débiteur ne sont pas situés sur le territoire français. Dans ce cas, il faut résoudre trois problèmes importants. En premier lieu, certains législateurs considèrent que seuls les biens appartenant au failli à l'époque où la faillite est prononcée sont frappés de dessaisissement. En second lieu, la plupart des lois soustraient certains biens au dessaisissement, mais la nature de ceux-ci varie selon les Etats. Enfin, en troisième lieu, certains pays, comme l'Angleterre, l'Autriche, n'admettent jamais qu'une faillite étrangère puisse produire ses effets quant aux immeubles du failli situés sur leur territoire. Dans ces trois hypothèses, il va y avoir une opposition, un conflit entre les dispositions contenues dans la loi française, *lex fori*, et celles édictées par la loi du lieu de situation du bien.

#### A. — Effets de la faillite prononcée en France sur des biens situés dans des Etats qui limitent l'étendue du dessaisissement

En règle générale, la plupart des législations précisent que le dessaisissement ne porte pas seulement sur les biens présents du failli mais s'applique également aux biens à venir qui peuvent lui échoir, tant qu'il est en état de faillite. Cette conception se conçoit d'ailleurs fort bien. La solution contraire nécessiterait la constitution de deux masses distinctes et les charges d'administration qui sont déjà considérables seraient augmentées d'autant. De plus, cette règle serait contraire au grand principe d'égalité qui domine tout le droit de la faillite. Dans la mesure où les biens advenant au débiteur après l'ouverture de la faillite ont une certaine valeur les créanciers bénéficiant du partage de cet actif risquent d'être favorisés par rapport à ceux qui font partie de la première masse car ils sont généralement moins nombreux (1).

Aussi, pour éviter cette injustice, le législateur dispose généralement que les biens non encore acquis par le failli, au moment du jugement déclaratif, font partie de la masse. L'ordonnance autrichienne du 10 décembre 1914 sur la faillite le précise dans son article 1er : « L'ouverture de la faillite a pour conséquence de soustraire à la libre disposition du failli tous les biens saisissables qui lui appartiennent à ce moment ou qu'il acquiert durant la faillite (masse de la faillite) ». Des dispositions similaires se retrouvent également dans l'article 444 de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851, dans l'article 473, alinéa 1er, du code de commerce français, et dans l'article 42, alinéa 2, du décret italien sur la faillite du 16 mars 1942.

---

(1) Travers, *Le droit commercial international*, Vol. VII, fasc. I, n° 11320.

Il faut seulement reprocher aux rédacteurs de ces lois une certaine imprécision qui peut être à l'origine de graves difficultés. Cette remarque ne doit pas d'ailleurs être adressée seulement au législateur français puisque cette lacune se retrouve dans l'ensemble des textes. En effet, est-ce que tous les biens qui adviennent au débiteur après l'ouverture de la faillite sont visés par ces dispositions ou importe-t-il de limiter l'application de ces règles à certains ? *A priori*, l'article 473 du code de commerce français ne semble prévoir aucune exception lorsqu'il déclare « que le jugement qui prononce la faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration et de la disposition de ses biens, même de ceux qu'il peut acquérir *à quelque titre que ce soit*, tant qu'il est en état de faillite ». La généralité des termes employés par les législateurs autrichien, belge et italien permet, au contraire, une certaine interprétation (1). Dans les deux cas, il est préférable, semble-t-il, de se montrer libéral. Il faut prévoir certains aménagements à la rigueur des termes employés par l'article 473 du code de commerce français (2) et interpréter les dispositions législatives d'une façon limitative c'est-à-dire restreindre leur domaine d'application aux biens advenus au failli à titre gratuit soit par succession, soit par donation. La solution contraire n'est pas acceptable. Elle le priverait de toute ressource puisque les biens obtenus grâce au produit de son travail seraient immédiatement saisis au profit de la masse.

Si dans l'ensemble des Etats européens le dessaisissement frappe également les biens acquis par le débiteur après l'ouverture de la faillite, un pays fait cependant exception à cette règle. L'article 1er de l'ordonnance allemande du 10 février 1877 précise, en effet, que « la procédure de faillite porte sur l'ensemble des biens soumis à exécution forcée que le failli possède lors de l'ouverture de la procédure ». Il faut en déduire que ceux qui adviennent au débiteur après le début de la procédure ne sont pas l'objet d'un dessaisissement au profit de la masse. Fitting tente de justifier ce point de vue en déclarant que « la faillite a pour but de donner une satisfaction collective aux créanciers contemporains de son ouverture sur les biens dont le patrimoine du débiteur se compose à cette date » (3). De plus, il est difficilement concevable, il faut en convenir, que le dessaisissement frappe des biens que le failli ne possède pas et qu'il ne possèdera peut-être jamais. Certes, cette thèse imposée par le législateur est peut-être plus juridique, plus rationnelle que les autres conceptions européennes. Mais, elle a le grave inconvénient d'être à l'origine d'une injustice. Les rédacteurs de cette loi ont pourtant poursuivi le but contraire en tentant

---

(1) Ordonnance autrichienne du 10 décembre 1914, article 1er, voir *supra*, article 444, alinéa 1er, de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 : « le failli, à compter du jugement déclaratif de faillite, est dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite ».

(2) Cf. Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, 2e éd., t. II, n° 1739, p. 333.

(3) Fitting, *Das Reichs Konkursrecht*, § V 3, cité par Rambert et Brustlein, *Commentaire de la loi sur la poursuite pour dettes, sur l'article* 19, n° 5, p. 258.

de protéger les créanciers dont la créance est née après l'ouverture de la faillite. Or en poursuivant cette fin, ils ont finalement favorisé ceux-ci au détriment de l'ensemble de la masse.

Il ne suffit pas, cependant, de critiquer les dispositions contenues dans la loi allemande. Elles sont en vigueur sur le territoire allemand et il est important de préciser quelle est la loi habilitée à préciser l'étendue du dessaisissement lorsqu'un commerçant déclaré en faillite en France possède certains biens en Allemagne. Il faut choisir entre la loi française, *lex fori*, et la loi allemande, *lex rei sitae*. Les auteurs n'ont pas tous opté pour la même solution. La question est très controversée.

Les uns se prononcent en faveur de la loi qui régit la faillite (1). Leur argumentation est logique. Le dessaisissement est une conséquence qu'elle s'est fixée. Il est donc normal que la loi qui réglemente cette procédure détermine la nature juridique et, à plus forte raison l'étendue de celui-ci.

Les autres estiment qu'il importe de tenir compte des dispositions de la *lex rei sitae* (2). La solution semble, *a priori*, irrationnelle et peu juridique. Il est difficile d'admettre que la nature juridique du dessaisissement soit déterminée par une loi et l'étendue de cette mesure par une autre. Cette solution doit, cependant, être adoptée. Une précision préalable s'impose néanmoins et il faut, peut-être, reprocher aux auteurs qui ont préconisé l'application de la loi du lieu de situation du bien saisi de ne pas avoir assez mis ce point en valeur. Seul Rolin semble avoir pris conscience de cette difficulté. La *lex rei sitae* doit seulement être consultée au sujet des biens qui adviennent au débiteur après l'ouverture de la faillite. La *lex fori* demeure applicable lorsqu'il s'agit de déterminer l'importance du dessaisissement sur les immeubles que le failli possédait avant la déclaration de la faillite. Cette solution est d'ailleurs très normale car cet effet est admis par toutes les législations qui réglementent cette procédure et il n'y a pas généralement de problèmes.

Dans l'hypothèse présente, la mise en œuvre de la *lex fori*, d'une part, risque de susciter une certaine fraude et de ne donner aucun résultat positif. Le donateur sera tenté de ne pas faire de donation ou retardera la date de la réalisation de cet acte jusqu'à la clôture de la faillite s'il sait que les biens donnés sont susceptibles d'être saisis.

Il ne faut pas oublier, d'autre part, que la thèse allemande considère le dessaisissement comme une constitution de droit réel au profit de la masse. Or nous avons déjà plusieurs fois souligné que la *lex rei sitae* doit toujours préciser si elle reconnaît le droit conféré sur un bien déterminé. Et lorsqu'elle n'admet pas celui-ci son pouvoir d'appréciation est souverain. D'ailleurs, si le droit allégué est contesté, si sa réalité, son existence sont discutées par la loi du lieu de situation le litige sera porté devant un tribunal allemand. Il est, dès lors, difficilement

(1) Loussouarn, *op. cit.*, p. 373 ; Pillet, *op. cit.*, t. II, n° 783 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. I, n° 11321.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1278 ; Rolin, *op. cit.*, p. 64 ; Valensi, *Répert. dr. int.*, t. VIII, V° Faillite, n° 209.

concevable que la juridiction saisie ne prenne pas en considération la loi en vigueur dans cet Etat. Interrogé sur ce point, le 28 mars 1903, le tribunal de l'empire allemand (1) a fait remarquer que la question de savoir si et dans quelle mesure la faillite peut être étendue même aux biens situés hors du pays du failli, doit se résoudre conformément à la loi de l'Etat sur le territoire duquel les biens sont situés. Cette solution n'est peut-être pas assez nuancé, mais il n'est pas possible de la critiquer car elle est conforme à la conception allemande du dessaisissement.

En définitive, il est donc utile de préciser qu'en règle générale la *lex rei sitae* doit l'emporter sur la *lex fori* lorsqu'elle est plus restrictive que cette dernière tout en spécifiant bien que ce principe ne vaut que pour les biens advenus au débiteur après l'ouverture de la faillite.

Ce conflit entre les dispositions contenues dans la *lex fori* et celles énoncées par la *lex rei sitae* n'est pas propre aux biens qui échoient au failli après la déclaration de faillite. En effet, la plupart des lois soustraient certains biens au dessaisissement en raison de leur insaisissabilité. Or l'énumération n'est pas la même dans les différentes législations.

### B. — Effets de la faillite prononcée en France lorsque les biens insaisissables ne sont pas les mêmes dans les deux lois susceptibles d'être appliquées.

Généralement, la compétence de la *lex rei sitae* n'est pas discutée lorsqu'elle n'est pas en accord avec la *lex fori*. Mais, ce principe ne suffit pas. Il faut préciser si la loi du lieu de situation du bien est applicable dans tous les cas ou si sa mise en œuvre est limitée à certaines hypothèses. En d'autres termes, si la *lex rei sitae* soustrait au dessaisissement comme insaisissables des biens qui sont saisissables d'après la loi française, *lex fori*, les dispositions de la *lex rei sitae* doivent prévaloir. Mais, si la loi qui régit la faillite reconnaît l'insaisissabilité de biens qui sont frappés par le dessaisissement d'après la *lex rei sitae*, cette dernière loi doit-elle toujours l'emporter ? Les auteurs sont divisés sur ce point. Les uns attribuent une compétence exclusive à la loi du lieu de situation du bien (2). Les autres sont plus réticents et n'admettent pas l'application de la *lex rei sitae* dans la seconde hypothèse (3).

Cette dernière solution est plus rationnelle et plus juridique. Il est certain que la *lex rei sitae* a le pouvoir absolu d'exclure, quant aux biens situés sur un territoire donné, l'exercice de tout droit qu'elle ne reconnaît pas, dont elle n'admet pas la légalité. Son action prohibitive est illimitée. Mais, il ne doit pas en être de même lorsqu'elle reconnaît à l'encontre de la loi normalement compétente, la *lex fori* en l'espèce, un effet que cette dernière n'admet pas en cas de faillite. Si la *lex rei sitae* était appliquée, le dessaisissement serait plus important à l'étran-

(1) Tribunal de l'Empire allemand, 28 mars 1903, *Clunet*, 1905, p. 1054.
(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1279.
(3) Rolin, *op. cit.*, p. 65 ; Valensi, *Répert. dr. int.*, t. VIII, V° Faillite, n° 211.

ger qu'en France. De ce fait, les droits des créanciers seraient mieux protégés. Il est évident que la loi du lieu de la situation du bien dépasserait alors le cadre de ses attributions car seule la loi qui régit la faillite a pour mission de défendre les intérêts de la masse.

En définitive, il ne faut pas contester la mise en œuvre de la *lex rei sitae* mais cette loi doit seulement être consultée lorsqu'elle est plus restrictive que la *lex fori*. Faut-il également la prendre en considération lorsqu'elle dénie tout effet à la faillite étrangère sur les biens situés sur le territoire où elle est en vigueur.

### C. — Certains Etats n'admettent pas que la faillite prononcée à l'étranger ait des répercussions sur les immeubles situés sur leurs territoires.

En règle générale, le dessaisissement qui frappe le failli n'est pas limité aux biens de celui-ci se trouvant en France. Cette mesure atteint tous les biens du débiteur quelque soit le pays où ils se trouvent, dans la mesure où le jugement déclaratif de faillite a été rendu par le tribunal du principal établissement. Ne faut-il pas, cependant, prévoir certaines exceptions à ce principe lorsqu'une partie du patrimoine du failli est située en Angleterre ou en Autriche. Les législations anglaises et autrichiennes, en effet, n'acceptent pas qu'une faillite régie par une loi étrangère puisse provoquer certains effets sur les immeubles situés sur le territoire où elles sont appliquées (1). Or le dessaisissement est, ainsi que nous l'avons déjà souligné, l'un des effets, et peut-être l'effet principal de la faillite. On imagine donc facilement qu'il ne sera jamais admis en Angleterre et en Autriche.

Il est certain que l'application de la *lex rei sitae* présente de graves inconvénients. Si tous les biens du débiteur ne sont pas frappés par cette sorte de saisie générale, le droit de la faillite n'atteint pas le but qu'il s'est fixé. Mais, il semble difficile de ne pas tenir compte des dispositions énoncées par la loi du lieu de situation. Son action est essentiellement négative, prohibitive. Elle refuse de reconnaître un droit admis par une législation étrangère. Dans ce cas, la loi normalement compétente ne peut que s'incliner.

En conclusion, l'étendue du dessaisissement est donc précisée, en principe, par la *lex fori*. Il faut, cependant, prévoir certains aménagements en faveur de la *lex rei sitae*. Le domaine d'application de cette loi est restreint à certaines hypothèses lorsqu'il s'agit des biens advenus au débiteur après l'ouverture de la faillite ou de biens insaisissables. Sa compétence est exclusive lorsqu'elle ne reconnaît aucun effet à la faillite étrangère sur les immeubles situés sur le territoire où elle est en vigueur.

Il ne suffit pas, cependant, de rechercher quelle est la loi compétente pour déterminer la nature juridique du dessaisissement et l'importance de celui-ci lorsque la faillite est prononcée en France. Une étude complète de cette question suppose un examen des effets de

(1) Cf. TRAVERS, *Trav. comité fr. dr. int. pr.*, 1936, p. 19.

cette mesure sur notre territoire lorsque la faillite est régie par une loi étrangère.

## § 2. — LA FAILLITE EST PRONONCÉE A L'ÉTRANGER

Lorsque la faillite a été déclarée dans un autre Etat, le dessaisissement qui découle de cette mesure frappe incontestablement les biens du débiteur situés en France. Il existe, cependant, quelques problèmes qui nécessitent certaines précisions. En premier lieu, le dessaisissement s'applique-t-il aux biens du failli se trouvant sur notre territoire avant que le jugement déclaratif étranger ait été déclaré exécutoire ? En second lieu, la conception anglaise analyse le dessaisissement comme une transmission de propriété au profit du syndic représentant la masse des créanciers. La faillite prononcée en Angleterre peut-elle produire cet effet en France ? Enfin, en troisième lieu, lorsque le jugement déclaratif de faillite a été rendu en Allemagne quelle est l'étendue du dessaisissement sur notre territoire ?

### A. — Le dessaisissement atteint-il les biens du débiteur situés en France avant toute décision d'exequatur

La question est très discutée. La jurisprudence, dans son ensemble, n'admet pas que le débiteur soit dessaisi de l'administration de ses biens avant que le jugement déclaratif de faillite ait été déclaré exécutoire en France. Le tribunal de commerce de Marseille l'a précisé le 26 juin 1900 (1) « Une faillite déclarée en pays étranger ne peut produire en France les effets qui lui sont propres, et notamment dessaisir le failli de l'administration de ses biens, tant que ladite faillite n'a pas été déclarée exécutoire en France par les voies légales ». Et les différentes juridictions qui ont été saisies de cette question se sont prononcées dans le même sens (2). Le débiteur peut donc continuer à administrer ses biens situés sur notre territoire et les actes faits sur ceux-ci ne sont pas susceptibles d'être annulés par les juridictions françaises.

Cette solution suscite, cependant, certaines réticences. Le problème est, en effet, spécial. Il ne faut pas rechercher si le débiteur est privé de l'administration de ses biens dans tous les Etats où ils sont situés avant toute instance d'exequatur. La question est limitée au territoire français. Il est évident que si la même question était soumise à l'appré-

---

(1) Trib. com. Marseille, 26 juin 1900, *Clunet*, 1900, p. 584.

(2) Paris, 14 novembre 1901, *Clunet*, 1902, p. 110 : « que tant que la faillite déclarée à l'étranger n'a pas donné lieu à un exequatur, le failli n'est atteint d'aucune incapacité en France, qu'il n'est pas dessaisi des biens, meubles ou immeubles qu'il y possède ; qu'il peut les administrer, recouvrer ses créances et en disposer » ; Trib. civ. Seine, 9 novembre 1912, *Clunet*, 1913, p. 1240 ; Paris, 26 juin 1912, *Clunet*, 1913, p. 580 ; en ce sens également Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. II, n° 11560 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1242-a ; Valensi, *Répert. dr. int.*, V° Faillite, n° 340 ; Ponsard, *Jur. class. dr. int.*, Vol. 5, fasc. 568, n° 57 ; Batiffol, *op. cit.*, n° 774.

ciation d'un juriste allemand, sa réponse serait probablement très différente. Selon la législation de ce pays, la faillite est envisagée comme une saisie générale conférant à la collectivité des créanciers une sorte d'hypothèque sur les biens actuels du failli. Un fonctionnaire sera dès lors probablement requis pour inscrire cette sûreté. Or la formule exécutoire dont la décision étrangère est revêtue ne s'adresse qu'aux agents du pays où ce jugement a été prononcé. Le syndic étranger doit donc avoir obtenu l'exequatur

Mais, en droit français, le problème n'est pas le même. Tout d'abord, comme le souligne Rolin. « c'est un effet qui se produit pour ainsi dire mécaniquement, Il n'est point nécessaire pour qu'il se produise de faire appel aux fonctionnaires qui représentent la force publique » (1). De plus, certains auteurs ont évidemment soutenu que le dessaisissement entraîne au profit de la masse la naissance d'un droit réel analogue à celui reconnu en Allemagne. Mais, il n'en demeure pas moins que la doctrine et la jurisprudence dominantes estiment que cette mesure a été créée pour assurer au profit des créanciers la conservation de tout ce qui reste au failli, en les protégeant contre ses actes frauduleux ou sa mauvaise administration Cette physionomie juridique du dessaisissement devrait permettre sa mise en œuvre avant toute instance d'exequatur. D'une part, il peut s'analyser, en grande partie, comme une mesure conservatoire. Or il est admis, en règle générale, que le syndic étranger peut prendre ce genre de mesure avant que le jugement déclaratif ait été déclaré exécutoire en France. D'autre part, si cette indisponibilité qui frappe le failli est fondée sur l'idée de présomption de fraude, il faut, dans l'intérêt des créanciers, empêcher le débiteur d'accomplir de tels actes dès l'ouverture de la faillite. Or la procédure d'exequatur est très longue et le débiteur peut en profiter. De ce fait, si le droit de la faillite veut atteindre le but qu'il s'est fixé, c'est-à-dire protéger la masse, le dessaisissement doit produire ses effets avant toute décision d'exequatur.

Cette solution équitable doit, cependant, être rejetée. Si l'aspect conservatoire du dessaisissement est très important, il suppose, néanmoins, l'accomplissement de certains actes d'exécution. Il serait possible bien entendu, de trouver un moyen terme en limitant ses effets aux actes conservatoires. Mais, les critères de délimitation varient selon les auteurs et les décisions judiciaires. On risque donc d'aller au-devant de difficultés insurmontables. De plus, le dessaisissement est peut-être l'effet principal de la faillite et de nombreuses autres conséquences découlent de cette mesure. Dès lors, si cette indisponibilité atteint, du moins en partie, les biens du débiteur situés en France, avant que le jugement étranger ait été rendu exécutoire, une série de réactions en chaîne va apparaître et tout le problème de l'exequatur en matière de faillite risque d'être remis en question.

Les difficultés soulevées par les effets du dessaisissement lorsque cette mesure résulte d'une décision étrangère ne sont pas, cependant,

---

(1) Rolin, « Des conflits de lois en matière de faillite », *Académie de droit international, Recueil des cours*, 1926, IV, p. 71.

propres à l'exequatur. La conception anglaise pose également certains problèmes.

**B. — La faillite prononcée en Angleterre entraîne-t-elle une transmission de la propriété des biens du débiteur situés en France au profit du syndic ? Conflit entre la « lex fori » et la « lex rei sitae ».**

Il est possible, tout d'abord, d'objecter, à titre de mesure de rétorsion, que le dessaisissement ne peut avoir aucun effet en France sur les immeubles du débiteur. Une telle solution n'est pas, cependant, concevable. D'une part, le principe de la loi du talion n'est pas très juridique. D'autre part, cette attitude n'est pas préconisée par la *lex rei sitae*. La faillite peut donc normalement s'étendre aux immeubles du failli situés en France puisque la loi anglaise ne semble pas s'opposer à cet effet extraterritorial. Entraîne-t-elle pour autant une transmission de la propriété des biens du débiteur au profit du syndic ?

Aux termes de l'article 3, alinéa 2, du code civil français, « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». Le législateur ne peut pas consacrer d'une façon plus explicite la compétence de la loi de situation du bien lorsqu'il s'agit du régime de la propriété. Dès lors, si la conception anglaise du dessaisissement n'est pas admise par la législation en vigueur dans l'Etat où les biens susceptibles d'être frappés par cette mesure se trouvent, il est normal que ce mode de transfert de la propriété ne soit pas admis. Or il en est ainsi en France lorsque la faillite est prononcée en Angleterre puisque la loi française ne reconnaît pas ce procédé de transmission. Ce refus opposé par la *lex rei sitae* n'entraîne pas, cependant de graves inconvénients. En effet, dans la mesure où la décision rendue par un tribunal anglais a été déclarée exécutoire sur notre territoire, le failli n'en est pas moins privé de l'administration de ses biens situés en France. Le dessaisissement produit donc ses effets normaux. Seule la nature juridique de cette mesure et les conséquences particulières qu'elle peut entraîner sont rejetées. Faut-il également prendre ne considération les dispositions législatives françaises lorsque la faillite a été prononcée non plus en Angleterre, mais en Allemagne ?

**C. — Etendue du dessaisissement en France lorsque la faillite a été déclarée en Allemagne : Conflit entre la « lex rei sitae » et la « lex fori »**

Si la loi française est compétente à titre de loi de situation du bien, le dessaisissement portera non seulement, comme en Allemagne, sur les biens que le débiteur possédait avant la déclaration de la faillite, mais également sur ceux qui lui sont advenus après l'ouverture. Cette solution ne doit pas être adoptée. Comme nous l'avons déjà plusieurs fois souligné, il ne faut tenir compte de la *lex rei sitae* que dans la mesure où elle est plus restrictive que la *lex fori*. Dans le cas contraire,

la loi normalement compétente, c'est-à-dire la loi qui régit la faillite, est seule applicable. Les droits de la masse ne peuvent pas être plus importants en France qu'en Allemagne.

Il ne faut pas oublier, cependant, que la faillite n'atteint pas seulement le patrimoine du débiteur. Elle produit également des effets quant à sa personne, lorsque le failli est une personne physique. Il est frappé d'un certain nombre de restrictions et de déchéances.

## Section II. — Effets propres au débiteur personne physique

### Sous-section I. — Le failli est frappé de déchéances

L'étude des incapacités qui atteignent le failli permet de déceler une double difficulté. En premier lieu, ces mesures visent-elles l'étranger déclaré en faillite en France et ont-elles une certaine portée sur notre territoire lorsqu'elles résultent d'une décision étrangère ? En second lieu, quelle est la loi habilitée à mettre fin à ces déchéances qui normalement ne sont que temporaires ?

I. — *L'étranger déclaré en faillite en France est-il atteint par ces déchéances et ces mesures ont-elles une certaine portée extraterritoriale lorsqu'elles dérivent d'une décision étrangère* ?

#### § 1. — LA FAILLITE EST PRONONCÉE EN FRANCE : CONFLIT ENTRE LA « *LEX FORI* » ET LA LOI NATIONALE DU DÉBITEUR

Ces déchéances qui frappent le débiteur répondent à une triple fin. Elles comportent tout d'abord un aspect sanction. Le failli a géré ses affaires d'une façon désastreuse. Il a causé un préjudice plus ou moins grave selon l'importance du passif à ses créanciers. Il est normal qu'il soit frappé de certaines pénalités. Cette tendance s'atténue de plus en plus d'ailleurs, de nos jours, car très souvent le commerçant est victime des circonstances économiques. Néanmoins, on estime qu'il a fait preuve d'une certaine incapacité et, de ce fait, il ne doit plus avoir accès à plusieurs professions qui supposent une autorité certaine. Enfin, même si le dommage subi par les créanciers n'est pas imputable entièrement au failli, il faut prévenir le renouvellement de tels faits en lui interdisant de remplir certaines fonctions où il risque de retomber dans les mêmes erreurs.

Aussi, ces déchéances sont prévues dans la plupart des lois qui régissent la faillite. Elles existent en droit français et elles ont été considérablement aggravées par la loi du 30 août 1947 sur l'assainissement des professions commerciales et industrielles. Elles se retrouvent également dans les législations italienne et belge (1).

Mais ces mesures frappent-elles également les étrangers déclarés en faillite en France ou faut-il tenir compte des dispositions contenues dans la loi nationale du débiteur dans la mesure où elles sont différentes de celles énoncées par la loi française ? Il faut souligner tout d'abord que le principe même des déchéances existe, en règle générale, dans toutes les législations. Les divergences portent donc normalement sur la nature ou sur l'importance de ces mesures. D'ailleurs même si, par hasard, le principe lui-même n'était pas admis par la loi nationale, il est nécessaire de passer outre. A la base de ces incapacités il y a, ainsi que nous l'avons déjà souligné, un désir de protection des intérêts des nationaux susceptibles de devenir les créanciers du failli et un souci de défense du crédit public. Ces dispositions législatives doivent donc être classées dans la catégorie des lois de police commerciale. Leur autorité est souveraine sur le territoire où elles sont en vigueur.

Si leur pouvoir d'appréciation est total dans leur ressort territorial, faut-il leur reconnaître également une certaine portée extraterritoriale en France lorsque le jugement déclaratif de faillite est rendu non par un tribunal français, mais par une juridiction étrangère ?

## § 2. — LA FAILLITE EST PRONONCÉE A L'ÉTRANGER

Lorsque cette mesure a été prononcée dans un autre Etat, il est permis de se demander si ces incapacités et ces déchéances qui frappent le débiteur vont produire leurs effets en France lorsqu'il voudra dans ce pays exercer les droits dont il a été privé par la loi qui régit la faillite. Cette question soulève deux problèmes.

Tout d'abord, la décision étrangère doit-elle produire ces conséquences graves pour le failli avant toute instance d'exequatur ? Si le débiteur est un étranger déclaré en faillite par un tribunal de son pays, sa capacité est modifiée par sa loi nationale. La décision doit normalement produire tous ses effets avant qu'elle ait été déclarée exécutoire (2). Ce n'est, *a priori*, qu'une juste application de l'arrêt important rendu par la Cour de cassation le 3 mars 1930 (3) : « les jugements rendus par un tribunal étranger relativement à l'état et à la capacité des per-

---

(1) Loi belge sur la faillite du 18 avril 1851, article 592 : « Nul commerçant failli ne pourra se représenter à la bourse, ni assister comme conseil ou représenter les parties comme procureur fondé devant le tribunal de commerce, à moins qu'il n'ait obtenu la réhabilitation ».

(2) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5e éd., t. I, § 31, p. 151 ; Weiss, *op. cit.*, t. VI, p. 268.

(3) Cass. Req., 3 mars 1930, S., 1930.I.377.

sonnes produisent leurs effets en France indépendamment de toute déclaration d'exequatur ».

La Cour de Paris avait d'ailleurs déjà donné une interprétation très nuancée de cette règle, le 14 février 1894 (1) « Attendu, y est-il dit, que le jugement déclaratif de faillite et celui qui homologue le concordat statuent à la fois et sur la capacité du failli et sur ses relations pécuniaires avec les tiers ; que ces décisions, lorsqu'elles sont émanées de juridictions étrangères, peuvent bien être invoquées en France, même sans exequatur, quant aux effets qu'elles produisent sur la capacité du failli ; qu'en effet, l'article 3 du code civil décide que les lois régissant l'état et la capacité des personnes, obligent les français résidant en pays étranger ; que, par réciprocité, les étrangers demeurent régis en France, quant à leur effet, par leurs lois nationales, que les jugements qui font application de ces lois doivent produire les mêmes effets ».

Si le débiteur est un français déclaré en faillite par une juridiction étrangère, la même solution doit normalement prévaloir. Dans le cas contraire, il se trouve dans les mêmes conditions que celles où il serait si la décision émanait d'un tribunal français. Or son statut est cependant plus libéral. Il est favorisé par rapport aux débiteurs dont la faillite est prononcée en France.

Cette solution équitable, *a priori*, n'est pas cependant justifiée. D'une part, la juridiction Suprême dans sa décision du 3 mars 1930 attribue, certes, effet en France, sans exequatur aux jugements sur l'état et la capacité des personnes, mais elle précise bien que cette règle vaut « sauf les cas où ces jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes ». Or le jugement déclaratif de faillite entre dans cette dernière catégorie. La démonstration séduisante, il faut en convenir, proposée par la Cour de Paris, le 14 février 1894, n'est pas fondée. La rigueur et la clarté des termes de l'arrêt du 3 mars 1930 ne permettent pas une telle interprétation. D'ailleurs, si le moindre doute subsistait, il ne faut pas oublier que les incapacités et déchéances qui frappent le débiteur ne sont que des effets secondaires du jugement déclaratif de faillite. Cette mesure tend essentiellement à répartir, d'une manière juste entre tous les créanciers, l'actif du failli. Or ce but recherché est étroitement lié au régime des biens (2).

---

(1) Paris, 14 février 1894, *Clunet*, 1894, p. 1013.

(2) Cet argument a été, à juste titre, avancé par la Cour de Paris le 22 décembre 1920, *Clunet*, 1921, p. 183 : « Qu'en vain, est-il soutenu par les appelants que ce jugements ayant pour résultat de modifier les capacités du failli, participeraient au statut personnel, déterminé par des décisions judiciaires qui échappent à la nécessité de l'exequatur ; que la faillite est une mesure relevant du régime des biens et ne touche qu'accessoirement à l'état des personnes ; que, d'ailleurs, dans le jugement déclaratif de faillite, il est impossible de distinguer, comme le voudraient les appelants, entre les dispositions concernant les biens qui n'auraient effet, en France, qu'après exequatur, et les dispositions touchant la capacité du failli qui y seraient de plein droit applicables ; que les uns et les autres constituent une décision indivisible ».

D'autre part, ce principe n'a jamais été admis par le législateur français. Il a pris soin de spécifier dans plusieurs lois que le failli n'est frappé de déchéances politiques ou professionnelles que dans la mesure où la décision étrangère a été déclarée exécutoire en France (1). Il ne faut d'ailleurs pas exagérer l'importance du libéralisme apparent dont profite le débiteur déclaré en faillite à l'étranger. Celui-ci est, en réalité, très limité. Les déchéances professionnelles qui l'atteignent lui interdisent, en particulier, d'exercer la profession de banquier, d'administrer, de gérer une société par actions ou à responsabilité limitée. Or l'accès à ces différentes fonctions suppose une certaine fortune personnelle. Il est difficilement concevable que le failli puisse remplir ces conditions entre le moment où la faillite a été prononcée à l'étranger et l'époque où le jugement a obtenu l'exequatur en France. Et si par le plus grand des hasards il triomphait de ces difficultés, il ne faut pas oublier qu'il est appelé à contracter avec des nationaux qui sont susceptibles d'ignorer les déchéances qui le frappent dans un autre Etat. L'intérêt général exige donc que ces déchéances ne produisent des effets sur notre territoire qu'après une décision d'exequatur.

Mais si le failli ne peut pas être reconnu incapable en France avant que le jugement étranger ait été déclaré exécutoire, l'exequatur entraîne-t-il, du moins, automatiquement cet effet ? La question est très délicate et la doctrine est divisée sur ce point.

La conception universaliste de la faillite semble préconiser cette solution. Dans la mesure où elle n'empiète pas sur les prérogatives de l'autorité nationale, la décision étrangère exequaturée doit produire tous ses effets. Certes, il est possible d'objecter que, dans certaines hypothèses, la capacité du débiteur n'est pas modifiée par sa loi nationale et que, de ce fait, ces mesures ne peuvent avoir aucune portée extraterritoriale. Cet argument n'est pas, cependant, déterminant. Le principe de ces incapacités est admis par l'ensemble des législateurs même lorsqu'elles frappent des étrangers et il est impossible de faire valoir une certaine violation de l'ordre public.

Mais, il existe, cependant, plusieurs raisons qui incitent à abandonner cette solution. En premier lieu, très souvent toute portée sur le plan international est interdite par le promoteur lui-même de la loi qui en a limité les effets au territoire sur lequel elle est en vigueur. En second lieu, si la plupart des législations qui régissent la faillite frappent le débiteur de certaines déchéances, ces incapacités elles-mêmes peuvent varier selon les Etats. Comment, dès lors, un failli peut-il être privé dans un pays de certains droits lorsque la déchéance qui l'atteint n'existe pas dans cet Etat ou lorsque, à plus forte raison, le droit qu'il pourrait invoquer n'est pas reconnu aux nationaux eux-mêmes. Enfin, en troisième lieu, les déchéances professionnelles qui frappent le débiteur tendent essentiellement à protéger le crédit public. Il est normal « qu'elles obligent toux ceux qui habitent le territoire ». Mais

(1) DESPAGNET, *op. cit.*, n° 433, p. 1218 ; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. VIII, n° 1249 ; VALENSI, *op. cit.*, V° Faillite, t. VIII, n$^{os}$ 350, 351, 351 *bis*.

elles n'ont pas à étendre leur protection en dehors des frontières de l'Etat où elles sont appliquées. Ce but ne rentre pas dans le cadre de leurs attributions. Seul le législateur national doit décider si une personne peut exercer certains droits ou accéder à certaines fonctions (1). En définitive, il ne faut pas dire que les dispositions législatives qui édictent certaines déchéances n'ont aucune portée extraterritoriale. Il faut seulement préciser que la législation française doit indiquer, dans chaque hypothèse, si le débiteur est ou n'est pas privé de l'exercice de tel droit en vertu d'une faillite déclarée dans un autre Etat. Il est permis, toutefois, de se demander quelle est la loi compétente pour mettre fin à ces déchéances lorsqu'elles résultent d'une faillite prononcée à l'étranger et produisent certains effets en France.

### II. — *Les déchéances résultant d'une faillite étrangère entraînent certaines conséquences en France. Loi compétente pour y mettre fin.*

Le commerçant qui se conduit bien doit être relevé des déchéances de la faillite. Ce principe se retrouve dans la plupart des législations, mais cette mesure n'intervient pas à la même époque dans les différents Etats. Il est possible de déceler deux tendances principales. Les lois allemandes qui prononcent des incapacités et déchéances, les font cesser avec la faillite même. Dans les autres pays d'Europe, ces mesures demeurent tant que le débiteur failli n'a pas été réhabilité. Ainsi, la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 dispose dans son article 586 que « le failli qui aura intégralement acquitté, en principal, intérêts et frais, toutes les sommes par lui dûes, pourra obtenir sa réhabilitation » et elle refuse dans son article 591 le bénéfice de la réhabilitation à plusieurs personnes. De même, l'article 920 du code de commerce espagnol indique que « les faillis frauduleux ne pourront pas être réhabilités » et l'article 921 prévoit, au cas de concordat, la preuve de son observation, et s'il n'en existe pas, l'exécution de toutes les obligations vérifiées dans la procédure de faillite ». Enfin, le code de commerce français réglemente ce procédé dans ses articles 607 et suivants (2). La conception dominante en Europe est préférable au système allemand. Elle permet à ces déchéances de mieux atteindre les buts que le législateur a pris en considération en les instituant.

Mais, puisque ces déchéances ne disparaissent pas à la même date dans les différentes législations, quelle est la loi compétente pour y mettre fin, lorsqu'elles résultent d'une faillite étrangère et ont été reconnues en France ? Il faut choisir entre la loi qui régit la faillite et les dispositions contenues dans la loi française qui sont parfois plus restrictives. Dans cette hypothèse, il est normal de se prononcer en

(1) ROLIN, *op. cit.*, p. 151.
(2) BOUZAT et PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, 1963, t. I, p. 702, n° 914.

faveur de la *lex fori* (1). D'une part, seule la loi qui a créé la déchéance peut et doit la supprimer. D'autre part, il est difficilement concevable que les effets d'une loi soient plus importants à l'étranger que dans l'Etat où elle est en vigueur.

Par contre, il est évident que la réhabilitation prévue par la *lex fori* n'a aucun effet sur les incapacités dérivant d'une loi étrangère qui en a frappé le débiteur en raison de sa mise en faillite sur un autre territoire.

Il ne suffit pas, cependant, de déterminer quelle est la loi apte à mettre fin aux déchéances qui atteignent le failli. Il faut aussi préciser, lorsque la réhabilitation résulte d'une décision étrangère, si celle-ci peut produire des effets en France sans que le jugement ait été déclaré exécutoire sur notre territoire ? Cette opinion semble prévaloir (2) et il faut s'en réjouir. Tout d'abord, ce jugement est très différent du jugement déclaratif de faillite. Il n'est pas lié au régime des biens et règle essentiellement et seulement la capacité du failli. Il rentre dans le cadre des cas prévus par l'arrêt de la Cour de Cassation, le 3 mars 1930 (3). De plus, cette décision se contente de constater que le failli a indemnisé ses créanciers. Elle ne donne jamais lieu à des actes d'exécution. Enfin, il n'est pas possible d'invoquer en faveur de l'exequatur un souci de protection des droits des créanciers domiciliés dans l'Etat où la décision de réhabilitation émanant d'une juridiction étrangère produit ses effets. En règle générale, le débiteur failli ne bénéficie de cette faveur que dans la mesure où il les a entièrement désintéressés. Ceux-ci ne peuvent pas être lésés par cette mesure.

Mais, en plus de ces déchéances et incapacités qui atteignent automatiquement la personne du failli et qui sont directement attachées au jugement déclaratif, il existe parfois des sanctions pénales qui frappent le débiteur.

### Sous-section II. — Le failli est éventuellement passible de sanctions pénales : conflit entre la « lex fori » et la loi nationale du failli

Les commerçants peuvent être déclarés en banqueroute simple ou frauduleuse. Cette possibilité existe dans la plupart des législations et elles font une distinction généralement selon la gravité des infractions commises entre la banqueroute frauduleuse et la banqueroute

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1293.

(2) Despagnet, *op. cit.*, n° 436, p. 1232 ; Weiss, *op. cit.*, t. VI, p. 305 ; Ch. Daguin, « De l'exécution des jugements étrangers en France », *Clunet*, 1889, p. 47 ; Seuls Lyon-Caen et Renault semblent se prononcer en sens contraire, *op. cit.*, t. VIII, n° 1268.

(3) Cass. Req., 3 mars 1930, S., 1930.I, p. 377.

simple. Ainsi, cette différence est faite par les législateurs allemand (1), belge (2) et français (3).

---

(1) Article 239 et 240 de l'ordonnance allemande sur la faillite du 10 février 1877.

*Article* 239 : I. — Les débiteurs qui ont suspendu leurs paiements ou sur les biens desquels la procédure de faillite a été ouverte sont punis de réclusion pour banqueroute frauduleuse si, dans l'intention de porter préjudice à leurs créanciers :

1. ils ont caché ou recelé des biens ;

2. s'ils ont reconnu ou affirmé des dettes ou des actes juridiques totalement ou partiellement faux ;

3. s'ils ont omis de tenir des livres de commerce dont la tenue leur était imposée par la loi ; ou bien

4. s'ils ont détruit ou caché leurs livres de commerce ou s'ils les ont tenus ou modifiés de telle façon qu'ils ne permettent pas de se faire une idée générale de leur situation pécuniaire.

II. — En cas de circonstances atténuantes, il est prononcé une peine d'emprisonnement d'un minimum de trois mois.

*Article* 240 : I. — Les débiteurs qui ont suspendu leurs paiements ou sur les biens desquels la procédure est ouverte, sont punis d'emprisonnement pour banqueroute simple si :

1. ils ont utilisé des sommes excessives ou contracté des dettes pour des dépenses, jeux ou paris, ou des spéculations à terme sur des marchandises et des titres ;

2. si, dans l'intention de retarder l'ouverture de la procédure de faillite, ils ont aliéné des marchandises ou des titres, après les avoir pris à crédit, à un prix très inférieur à la valeur requise par les exigences d'une économie régulière, ou s'ils les ont aliénés de toute autre façon ;

3. s'ils ont négligé de tenir des livres de commerce que la loi leur imposait de tenir ou s'ils les ont cachés, détruits ou tenus de façon si désordonnée qu'ils ne permettent pas d'avoir une vue générale de la situation financière ;

4. si, à l'encontre des dispositions du Code de commerce, ils ont négligé d'établir dans les délais prescrits, le bilan de leurs biens.

II. — Outre la peine d'emprisonnement, la perte des droits civiques peut être prononcée dans les cas des nos 1 et 2.

III. — En cas de circonstances atténuantes, une amende peut être prononcée.

(2) Loi belge sur la faillite du 18 avril 1851.

*Article* 577 : « sera déclaré banqueroutier frauduleux, tout commerçant failli qui se trouvera dans l'un des cas suivants :

1. s'il a soustrait ses livres, ou s'il en a frauduleusement enlevé, effacé ou altéré le contenu ;

2. s'il a détourné ou dissimulé une partie de son actif ;

3. si, dans ses écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit par son bilan, il s'est frauduleusement reconnu débiteur des sommes qu'il ne devait pas ».

*Article* 573 : « sera déclaré banqueroutier simple, tout commerçant failli qui se trouvera dans l'un des cas suivants :

1. si les dépenses personnelles ou les dépenses de la maison sont jugées excessives ;

2. s'il a consommé de fortes sommes au jeu, à des opérations de pur hasard, ou à des opérations fictives de bourse ou sur marchandises ;

3. si, dans l'intention de retarder sa faillite, il a fait des achats pour revendre au-dessous du cours ; si, dans la même intention, il s'est livré à des emprunts, circulations d'effets, et autres moyens ruineux de se procurer des fonds ;

4. s'il a supposé des dépenses ou des pertes, ou s'il ne justifie pas de l'existence ou de l'emploi de l'actif de son dernier inventaire et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui lui seraient advenus postérieurement ;

5. si, après la cessation de ses payements, il a payé ou favorisé un créancier au préjudice de la masse.

(3) Article 614-6°, 614-7°, 614-11°, du Code de commerce ; cf. Touffait et Herzog, « L'ordonnance n° 58-1299 sur les banqueroutes et autres infractions en matière de faillite», *J.C.P.*, 1959.I.1473 ; Houin, « Réforme de la législation sur les banqueroutes et autres infractions en matière de faillite », *Rev. trim. dr. com.*, 1959, p. 1.

La loi de la faillite doit être seule consultée sur ce point. Les dispositions contenues dans la loi nationale du débiteur ne doivent pas être prises en considération même si elles sont divergentes. La *lex fori* précise quels sont les éléments constitutifs de l'infraction et si le failli sera déclaré banqueroutier frauduleux ou simple.

## Section III. — Effets particuliers au débiteur personne morale

La déclaration en faillite d'une société soulève un double conflit de lois et les lois en conflit ne sont pas les mêmes selon que la faillite est prononcée au lieu de la succursale ou au lieu du siège social. Dans la première hypothèse, il faut choisir entre la *lex fori* et la loi qui régit le statut juridique de la société. Plusieurs législations qui réglementent le droit de la faillite disposent que la déclaration en faillite de la société entraîne automatiquement la dissolution de celle-ci. Certaines dispositions d'autres législations décident également que la faillite de la personne morale implique celle des associés. Enfin, quelques-unes, comme la loi française, condamnent les dirigeants sociaux au paiement de tout ou partie du passif social. Quelle est la loi compétente lorsque ces mesures ne sont pas prévues par la loi du siège social ?

Dans le second cas, le conflit oppose la *lex fori* et la *lex rei sitae*. La loi appliquée par le tribunal du lieu du siège social peut prévoir que la faillite de la société entraîne des poursuites sur le patrimoine des associés. Or celui-ci n'est pas toujours concentré dans l'Etat où la société a son principal établissement. Il peut, de ce fait, exister des divergences entre la *lex fori* et la loi du lieu de situation des biens sur l'importance des droits reconnus aux créanciers et sur l'établissement de l'ordre de préférence entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels des associés. Quelle est, dès lors, la loi applicable ?

### Sous-section I. — La faillite est territoriale

#### § 1. — LA DÉCLARATION DE FAILLITE ENTRAINE-T-ELLE AUTOMATIQUEMENT LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ ? CONFLIT ENTRE LA « LEX FORI » ET LA LOI DU SIÈGE SOCIAL.

Plusieurs législations disposent que la déclaration en faillite d'une société entraîne sa dissolution. Quelle est, dès lors, la loi applicable lorsque la loi qui régit la faillite considère cette mesure comme un effet normal de la faillite alors que la loi du siège social ne prévoit pas une telle solution ?

Avant de choisir il faut rechercher quel est le but poursuivi par cette

mesure. Si elle apparaît comme un des effets principaux de la faillite, si la fin que recherchent les rédacteurs de la loi ne peut être atteinte sans la dissolution de la société, il faut incontestablement tenir compte des dispositions édictées par la *lex fori*. Ainsi, le dessaisissement du débiteur doit être rangé dans cette catégorie de conséquences essentielles. Il en est de même des actes et contrats qui sont susceptibles d'être déclarés inopposables en raison de la mise en faillite du débiteur. Dans le premier cas, si le failli n'est pas dessaisi de l'administration de ses biens, la protection de la masse recherchée par le législateur est très hypothétique. Dans le second cas, si l'inopposabilité de certains actes qui tendent à favoriser un ou plusieurs créanciers n'est pas prononcée, il est impossible d'arriver à une équitable répartition de l'actif.

Est-il possible de tenir le même raisonnement lorsqu'il s'agit de déterminer si la société doit être automatiquement dissoute en vertu de la loi qui régit la faillite ? Il est difficile de faire valoir ces arguments. D'une part, les dividendes perçus par les créanciers seront exactement les mêmes que la dissolution soit prononcée ou qu'elle ne le soit pas. Cette mesure cherche plutôt à protéger les associés. De ce fait, si la *lex fori* est différente de la loi qui régit le statut juridique de la société on ne peut pas l'appliquer sans dépasser le cadre normal de ses attributions. Seule la loi du siège social est apte à apprécier l'influence de tel effet, la faillite en l'espèce, sur la vie de la société. D'autre part, le dessaisissement n'atteint que les biens de la société situés dans l'Etat où la faillite a été prononcée. Il est donc difficilement concevable que la *lex fori* entraîne des conséquences aussi graves et aussi étendues (1).

Mais la loi du siège social doit-elle jouer également un rôle prédominant lorsqu'il faut déterminer si la faillite de la société entraîne celle de certains associés ?

## § 2. — LA FAILLITE DE LA SOCIÉTÉ ENTRAINE-T-ELLE CELLE DE CERTAINS ASSOCIÉS ? CONFLIT ENTRE LA « *LEX FORI* » ET LA LOI DU SIÈGE SOCIAL.

Plusieurs législations disposent que la faillite de la société implique celle des associés. Ainsi, aux termes de l'article 445 du code de commerce français « lorsqu'une société comportant des associés responsables solidairement des dettes sociales est déclarée en faillite ou admise au règlement judiciaire, le jugement produit ses effets à l'égard de ces associés ». Des dispositions similaires ont été prises par les législateurs espagnol (art. 923 C. com. espagnol) et autrichien. De même, l'article 446 du code de commerce français permet de déclarer la faillite de la société commune à toute personne qui, sous couvert de cette société masquant ses agissements, a fait dans son intérêt personnel des actes

(1) Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 375 ; Travers, *Le droit commercial international*, Vol. VII, fasc. I, n° 11308.

de commerce et disposé en fait des biens sociaux comme des siens propres (1).

Mais cette règle n'est pas générale. Plusieurs législations ne consacrent pas ce principe. Quelle est, de ce fait, la loi compétente lorsque la loi qui régit le statut juridique de la société n'admet pas cette extension alors que la *lex fori* dispose que la faillite de la société doit entraîner celle de certains associés ? Comme dans le cas précédent il faut, avant de se prononcer, déterminer quelle est la fin recherchée par le législateur. Il est difficile d'affirmer que ces mesures répondent à un souci de protection des associés. Elles tendent plutôt à sauvegarder les droits des créanciers. Et les dispositions très strictes contenues dans l'article 446 du code de commerce français essaient de réprimer toute tentative de fraude et de préserver le crédit public. Elles cherchent, d'une part, à mettre un terme aux abus qui résultaient du fait que la notion de personnalité morale ne permettait pas que la faillite de la société par actions entraînât celle des administrateurs ou gérants de ces sociétés. Elles s'emploient, d'autre part, à donner aux tiers une garantie de paiement (2).

De ce fait, la loi française est toujours applicable même si la loi du siège social de la société ne prévoit pas que la faillite de celle-ci implique celle des associés. Il n'est pas possible d'admettre qu'une personne morale étrangère puisse échapper à cette réglementation très rigoureuse sous le prétexte que de telles mesures n'existent pas dans la loi qui régit son statut. La société étrangère qui exerce une activité commerciale en France doit en subir tous les aléas, qu'ils soient favorables ou défavorables. Dans le cas contraire, les commerçants étrangers seraient mieux traités que les nationaux. De plus, il ne faut pas oublier que ces règles très sévères cherchent en grande partie à préserver les droits des créanciers. Or dans ce cas, il est indiscutable que la *lex fori* doit prévaloir (3).

Il faut, cependant, se demander si la solution doit être la même lorsque la faillite n'est pas prononcée sur notre territoire dans l'hypo-

---

(1) « L'extension de la faillite sociale », LEGEAIS, *Rev. trim. dr. com.*, 1957, p. 290 ; sur l'application de l'article 446 par la jurisprudence cf. Cass. com., 22 mai 1962, *Bull. cass. civ.*, III, n° 271, p. 223, *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 372, observ. Houin ; Cass. com., 28 mai 1962, *Bull. cass. civ.*, III n° 281, p. 231, *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 372 ; Cass. com., 16 octobre 1962, *Bull. cass. civ.*, III, n° 403, p. 330, *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 373, observ. Houin ; Cass. com., 5 nov. 1962, *Bull. cass. civ.*, III, n° 435, p. 360, *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 374, observ. Houin ; Cass. com., 21 mai 1963, *Bull. cass. civ.*, III, n° 245, p. 202, *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 891, observ. Houin ; Cass. com., 23 janvier 1963, *Bull. cass. civ.*, III, n° 57, p. 45 ; *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 891, observ. Houin ; Cass. com., 18 mars 1963, *Bull. cass. civ.*, III, n° 159, p. 131, *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 892, observ. Houin.

(2) Daniel VEAUX, *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales*, n°s 176 et s. ; WECKER, « Les conditions d'extension de la faillite d'une société aux personnes visées par l'article 437, § 4, du Code de commerce », *Gaz. Pal.*, 1951.II, D., p. 53.

(3) LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 375 ; ROLIN, « Des conflits de lois en matière de faillite », *Académie de Droit international, Recueil des cours*, 1926, IV, p. 69. Toutefois, LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, 5e éd., t. VIII, n° 1274 *bis* ; WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2e éd., t. VI, p. 241, se prononcent en sens contraire.

thèse où les associés ont seulement des biens situés en France. Importe-t-il dans cette hypothèse de prendre en considération la loi régissant le statut juridique de la société qui n'admet pas l'extension de la faillite à certains associés ou la *lex fori* qui préconise la solution contraire ? Les dispositions contenues dans la loi qui régit la faillite doivent encore prévaloir. Les associés peuvent être dessaisis de l'administration de leurs biens se trouvant sur notre territoire. D'une part, il est difficile d'invoquer des raisons d'ordre public pour rejeter cette possibilité puisque la législation française connaît ce système. D'autre part, en matière de faillite lorsqu'il est nécessaire d'opérer un choix entre deux lois, il faut toujours se référer à celle qui protège le mieux les intérêts de la masse.

Ce conflit qui oppose la loi du siège social et la loi qui régit la faillite n'existe pas, d'ailleurs, seulement lorsqu'il faut déterminer si la faillite de de la société implique celle de certains associés. Le droit reconnu aux tribunaux de commerce français de décider que la totalité ou une partie des dettes sociales seront supportées par les dirigeants de la société soulève des difficultés analogues.

## § 3. — EST-IL POSSIBLE DE CONDAMNER LES DIRIGEANTS SOCIAUX AU PAIEMENT DE TOUT OU PARTIE DU PASSIF SOCIAL ? CONFLIT ENTRE LA « *LEX FORI* » ET LA LOI DU SIÈGE SOCIAL.

En France pendant très longtemps la faillite de la société n'a entraîné aucune obligation au passif social pour les administrateurs de sociétés anonymes et les gérants de sociétés à responsabilité limitée. Or ce principe de l'irresponsabilité des dirigeants a été à l'origine de nombreux abus. Certains de n'encourir aucune responsabilité pécuniaire à raison de dettes de la société, ceux-ci en ont trop souvent profité. Deux textes législatifs ont mis un terme à ces excès (1). L'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 dispose dans son alinéa 5 qu' « en outre, si la faillite ou la liquidation judiciaire de la société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal de commerce peut, à la demande du syndic ou du liquidateur judiciaire, décider que les dettes sociales seront supportées, jusqu'à concurrence du montant qu'il déterminera, soit par le président, soit par les administrateurs, ou par certains d'entre eux, avec ou sans solidarité ». Le décret du 9 août 1953 complète la loi du 7 mars 1925 et adapte ce texte aux sociétés à responsabilité limitée (2).

---

(1) Bourel, « L'obligation au passif social des dirigeants de sociétés anonymes et à responsabilité limitée en cas d'insuffisance d'actif », *Rev. trim. com.*, 1960, p. 785 ; Jean et Edouard Escarra, Rault, *Traité de droit commercial, les Sociétés commerciales*, 1959, t. IV, n° 1654 et s., p. 419 ; Lefaivre, « La responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes en cas de faillite », *Gaz. Pal.*, 1951.I, D., p. 14 ; Verbyst, « La nouvelle responsabilité civile des administrateurs et gérants de sociétés », *Gaz. Pal.*, 1955.II, D., p. 34.

(2) Décret du 9 août 1953, article 2 : « en outre, si la faillite ou la liquidation judiciaire de la société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal de com-

Si l'interprétation et la mise en œuvre de ces dispositions législatives a soulevé de nombreux problèmes sur le plan interne la question est encore plus délicate lorsqu'il faut préciser si elles s'appliquent à une société étrangère qui exerce une activité en France et dont la faillite est prononcée sur notre territoire. Très souvent, la loi qui régit le statut juridique de la société ne frappe pas de telles sanctions pécuniaires les dirigeants. Il est nécessaire, de ce fait, de déterminer quelle est la loi compétente, ce qui suppose un choix entre la loi du siège social et la loi française.

La solution du conflit est subordonnée à la nature de la responsabilité des dirigeants sociaux. Est-elle une application pure et simple du droit commun de la responsabilité des dirigeants ou apparaît-elle comme une sanction étroitement liée à la faillite de la société ?

La première qualification nécessite une option en faveur ou de la *lex loci delicti* ou de la loi de la société. Les auteurs sont divisés sur ce point. Les uns envisagent le problème dans une optique d'équité. Ainsi, pour Pillet (1) la loi compétente dépend de la nature de la faute commise par les dirigeants sociaux. S'il y a à l'origine de l'acte dommageable une intention frauduleuse la loi française, *lex loci delicti*, est incontestablement applicable car il n'est pas concevable que les dirigeants puissent se retrancher derrière les dispositions de la loi du siège social pour être assurés de l'impunité la plus totale. Si, par contre, la fraude est inexistante, la faute imputable aux dirigeants sociaux ne peut entraîner leur responsabilité que dans les limites prévues par la loi qui régit le statut juridique de la société.

Les autres étudient la question sous un aspect plus juridique. M. Loussouarn (2) fait remarquer que la thèse défendue par Pillet ne peut pas être retenue car elle tend à faire dépendre la solution du conflit de lois de la nature de la faute. Or ce principe n'est pas admis en matière de responsabilité de droit commun. Et il se prononce en faveur de la loi du siège social, sous réserve du recours au correctif de l'ordre public, car les faits reprochés aux dirigeants sociaux ont été accomplis au cours de leur gestion.

La deuxième qualification, par contre, ne suppose pas un choix. La loi française doit être appliquée à titre de *lex fori* puisque la responsabilité des dirigeants sociaux dépend de la faillite.

Aussi, pour pouvoir préconiser une solution cohérente, il est absolument nécessaire de déterminer quelle est la nature de la responsabilité qu'encourent les dirigeants.

L'obligation aux dettes sociales rentre dans le cadre général de la responsabilité civile. La Cour de Paris l'a fort bien souligné dans un

---

merce peut, à la demande du syndic ou du liquidateur judiciaire, décider que les dettes sociales seront supportées, jusqu'à concurrence du montant qu'il déterminera soit par les gérants, associés ou non, salariés ou non, soit par les associés, soit par certains des uns et des autres, avec ou sans solidarité, sous condition pour les associés qu'ils aient participé effectivement à la gestion de la société ».

(1) Pillet, *Des personnes morales en droit international privé*, n° 175, p. 260.

(2) Loussouarn, note sous Douai, 1er décembre 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 494.

arrêt du 2 décembre 1953 lorsqu'elle a précisé que les dispositions contenues dans le décret-loi du 9 août 1953 ne consacrent pas une extension de la faillite sociale mais font peser sur les gérants une responsabilité civile présumée (1).

Mais cette obligation imposée aux dirigeants sociaux est une responsabilité plus lourde que celle du droit commun ; en premier lieu, il n'est plus nécessaire de prouver qu'ils ont commis une faute puisque celle-ci est présumée. La charge de la preuve est renversée et, de ce fait, la responsabilité est plus étendue. En second lieu, l'interprétation donnée par la jurisprudence de la notion « insuffisance d'actif » permet de rendre les dirigeants de la société responsables dans de très nombreux cas. Ainsi, le tribunal civil de Thonon a spécifié, le 8 juillet 1955 (2) « qu'au sens purement juridique, les termes « insuffisance d'actif » correspondent à la situation spéciale réglée par les articles 527 et 528 du code de commerce ; que, néanmoins, on ne saurait limiter à cette interprétation technique la formule employée par le décret du 9 août 1953 ; qu'elle suppose, en fait, que l'actif de la société défaillante est insuffisant pour assurer le règlement intégral du passif envers les créanciers sociaux et que la procédure fait apparaître cette insuffisance ».

Toutefois, si cette obligation mise à la charge des dirigeants de la société par la loi de 1940 et le décret de 1953 rentre dans le système général de la responsabilité civile et présente même certains caractères d'une responsabilité aggravée, elle n'en demeure pas moins étroitement liée à la faillite de la société (3). Tout d'abord, les dirigeants ne peuvent être déclarés responsables que dans la mesure où la faillite de la société a été déclarée. Ils ne le sont pas de plein droit. De même, l'action normale en responsabilité même lorsqu'elle est intentée par le syndic n'est pas automatiquement portée devant le tribunal de commerce qui a prononcé la faillite. Or les dispositions législatives nouvelles consacrent la compétence exclusive de celui-ci sans préciser, cependant, s'il s'agit du tribunal de commerce qui a rendu le jugement déclaratif de faillite. Enfin, le concordat obtenu par la société ne devrait normalement en rien modifier l'obligation mise à la charge des dirigeants sociaux. La responsabilité encourue par ceux-ci suppose une faute et le concordat ne fait pas disparaître le fait illicite sanctionné par la loi de 1940 et le décret de 1953. Or la jurisprudence semble tenir compte de la solution de la procédure.

Il est donc évident que l'obligation aux dettes sociales est étroite-

---

(1) Paris, 2 décembre 1953, *J.C.P.*, 1954.IV.55 ; en ce sens aussi : Cass. com., 22 mai 1957, *Bull. civ. cass.*, III, n° 166. Et ce point de vue est partagé par l'ensemble de la doctrine : Bourel, *Rev. trim. dr. com.*, 1960, p. 790 ; Esmein, *Gaz. Pal.*, 1941.I.13 ; Houin, *Rev. trim. dr. com.*, 1954, p. 395, 1957, p. 1015 ; Lagarde, S., 1941.V.657 ; Nectoux, note sous Cass. com., 14 octobre 1959, *J.C.P.*, 1959.II.11308 ; Rousseau, *J.C.P.*, 1953.I.1129.

(2) Trib. civ. Thonon, 8 juillet 1955, D., 1956, J., p. 227, note Percerou.

(3) La Cour de Cassation a même précisé le 14 octobre 1959 que « L'action exercée par le syndic en vertu de l'article 4 de la loi du 14 novembre 1940 en vue de faire supporter par les administrateurs d'une société anonyme tout ou partie des dettes sociales, en cas d'insuffisance d'actif est une action née de la faillite qui en est une condition », Cass. com., 14 octobre 1959, *J.C.P.*, 1959.II.11308.

ment subordonnée à la faillite de la société. Ce second aspect est prédominant sans cependant faire disparaître les caractères de la responsabilité attachés à cette mesure. De ce fait, il est difficilement concevable que la loi du 16 novembre 1940 et le décret du 9 août 1953 ne s'appliquent pas aux dirigeants sociaux étrangers lorsque la faillite de la société est prononcée en France. Aussi, la mise en œuvre de ces mesures nouvelles édictées par le législateur a été reconnue par la doctrine (1) et la jurisprudence. La loi française est applicable quelles que soient les dispositions contenues dans la loi qui régit le statut juridique de la société. Ces dispositions législatives tendent à protéger l'épargne et le crédit. Or cette protection serait très relative et même inopérante si les sociétés étrangères déclarées en faillite sur notre territoire pouvaient s'y soustraire en invoquant le fait que de telles sanctions ne sont pas prévues par la loi du siège social. Et si cette solution prévalait, les personnes morales étrangères seraient mieux traitées que les personnes morales françaises.

Les juridictions françaises se sont prononcées pour la première fois sur cette question le 1er décembre 1955 (2). Une société avait été constituée selon les formes prescrites par la législation luxembourgeoise et avait son siège à Luxembourg. Elle possédait, toutefois, à Lille une succursale qui présentait en fait tous les caractères du principal établissement. Aussi, le tribunal de commerce de cette ville rendit un jugement déclaratif de faillite le 19 décembre 1949. Et la Cour de Douai estima, le 1er décembre 1955 qu'en cas de faillite d'une société étrangère possédant en France son principal établissement, la loi du 16 novembre 1940 peut être appliquée et le président-directeur général peut être condamné à payer une partie du passif (3).

---

(1) Gore, note sous Douai, 1er décembre 1955, D., 1956. J., p. 224 ; Loussouarn, note sous Douai, 1er décembre 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 496 ; Niboyet, *Traité de droit international privé*, 1947, t. IV, no 1125.

(2) Douai, 1er décembre 1955, D., 1956, J., p. 223.

(3) Toutefois, la décision rendue par la Cour de Douai ne permettait d'obtenir un résultat concret que dans la mesure où l'arrêt était déclaré exécutoire en Belgique puisque le président directeur général était domicilié dans cet Etat. Une action en exequatur fut portée devant le Tribunal civil de Gand qui rendit exécutoire l'arrêt français le 14 juillet 1958 estimant « que cette loi (loi du 16 nov. 1940) n'introduit pas une responsabilité sans faute, mais permet aux tribunaux, sans leur en faire obligation, de présumer la faute des administrateurs. Que l'introduction d'une présomption de faute contractuelle n'est aucunement en contradiction avec l'ordre public belge, puisqu'elle a uniquement pour objet de régir les rapports de droit privé et qu'une telle présomption est en droit belge rattachée à la non-exécution de toute obligation d'obtenir un résultat déterminé » ; cf. Loussouarn, *Rev. trim. dr. com.*, 1958, p. 876.

La Cour d'Appel de Gand a confirmé ce jugement le 16 novembre 1959, *Clunet*,1962, p. 1066. L'arrêt précise que même si la règle étrangère va à l'encontre du principe qui est à la base des lois belges sur les sociétés, encore cette règle étrangère est-elle d'application sur le territoire belge si ses effets sont compatibles avec le régime social belge. Et il n'y a nulle contrariété avec l'ordre public international belge puisque notamment la loi française du 16 novembre 1940 autorise les administrateurs à renverser la présomption de faute et le juge n'est même pas obligé de tenir compte de cette présomption, puisqu'il a seulement la faculté de condamner les administrateurs. Cf. également : Trib. com. Seine, 5 juin 1961, *Rev. trim. dr., com.*, 1962, p. 119, observ. Houin, sur la compétence d'ordre public du tribunal de la faillite.

La Cour de Paris a systématisé, le 31 octobre 1957 (1), dans un attendu de principe, la position adoptée par la Cour de Douai. Elle a considéré que « les dispositions légales relatives à la faillite et aux responsabilités encourues par les administrateurs de sociétés en faillite sont (ne serait-ce qu'en raison de leur caractère d'ordre public) applicables aux étrangers et aux sociétés ayant leur siège à l'étranger, ainsi qu'à leurs administrateurs, dès lors que ces sociétés ont un établissement en France où elles exercent leur activité ».

Mais s'il est indiscutable que la loi française doit être appliquée, sa compétence est-elle exclusive ou faut-il, dans une certaine mesure, tenir compte des dispositions contenues dans la loi du siège social ?

La seconde solution prévaut. La Cour de Douai a judicieusement précisé le domaine d'application de la loi qui régit le statut juridique de la société dans l'arrêt qu'elle a rendu le 1er décembre 1955. La société déclarée en faillite était régie par la loi luxembourgeoise, loi du siège social, et seule cette loi était habilitée à préciser l'étendue des pouvoirs reconnus aux organes sociaux. Or il ressortait de l'étude de l'affaire que le président du conseil d'administration n'exerçait pas réellement les fonctions de directeur général, celles-ci étant assumées par l'administrateur délégué. La juridiction saisie en a déduit « qu'il y a dans cette circonstance ainsi relevée, tout au moins un élément de fait, dont la Cour peut et doit tenir compte pour apprécier la responsabilité de l'appelant (le président du conseil d'administration) dans le passif de la société ».

Ce principe élaboré par la Cour de Douai est fondé. L'étendue de la responsabilité encourue par les dirigeants sociaux est étroitement subordonnée à l'importance des attributions qui leur sont conférées par la loi du siège social. Si cette loi ne leur reconnaît que des pouvoir très limités, ils ne peuvent pas supporter entièrement les lourdes obligations mises à leur charge par la loi de 1940 et le décret de 1953 (2).

Il ne faut donc pas se prononcer, en définitive, en faveur d'une loi unique. La solution proposée doit être beaucoup plus nuancée. Elle doit préconiser l'application simultanée de la loi française et de la loi du siège social. La première détermine si les dirigeants sociaux sont responsables et la seconde permet de préciser l'étendue de cette responsabilité.

Mais si la territorialité de la faillite de la société provoque dans certains cas un conflit entre la *lex fori* d'une part, et la loi qui régit le statut juridique de la société d'autre part, l'universalité de celle-ci suppose également parfois un choix lorsque les poursuites sur le patrimoine des associés sont réglementées d'une façon différente par la loi de la faillite et la loi de situation des biens.

---

(1) Paris, 31 octobre 1957, *Rev. trim. dr. com.*, 1958, p. 452, note Loussouarn, *Clunet*, 1958, p. 1038.

(2) Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3e éd., n° 203, p. 248 ; Gore, note précitée, D., 1956.J., p. 225 ; Loussouarn, note précitée, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 496.

## Sous-section II. — La faillite est universelle

Plusieurs législations réglementant le droit de la faillite disposent que la déclaration en faillite d'une société peut entraîner des poursuites sur les biens des associés. Ces mesures ne soulèvent pas de grandes difficultés lorsque tous les biens de l'associé sont situés dans le même Etat. La question est plus délicate lorsque son patrimoine est disséminé sur plusieurs territoires. La loi du lieu de situation des biens peut être différente de la loi de la faillite et ne pas reconnaître les mêmes droits aux créanciers ou ne pas consacrer le même ordre de préférence entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels de l'associé. Il est, dès lors, nécessaire d'opter en faveur soit de la *lex fori* soit de la *lex rei sitae*.

Le problème a été soumis à l'appréciation des juridictions anglaises. La Haute Cour d'Angleterre s'est prononcée sur ce point le 24 juillet 1896 (1). Une société en nom collectif espagnole avait été déclarée en faillite et des poursuites étaient exercées sur les biens de l'un des associés situés en Angleterre. La juridiction saisie envisagea l'affaire en se référant essentiellement aux dispositions de la loi anglaise, *lex rei sitae*. D'une part, elle ne prit pas en considération les dispositions édictées par l'article 237 du code de commerce espagnol, loi de la société, qui précise que « les biens particuliers des associés en nom collectif qui n'ont pas été compris dans l'actif de la société, lors de sa formation, ne peuvent être pris en exécution pour le paiement des obligations contractées par la société qu'après discussion de l'actif social ». D'autre part, elle reconnut aux créanciers personnels de l'associé un droit de préférence sur les créanciers sociaux.

Cette décision a été, à juste titre, critiquée par la doctrine (2). En particulier, il n'est pas admissible que l'ordre de préférence entre les créanciers soit établi en se référant exclusivement à la loi du lieu de situation des biens. Cette solution est en contradiction formelle avec les règles générales qui sont observées en matière de droits de préférence. La *lex rei sitae* doit avoir un rôle essentiellement négatif. Elle peut refuser de prendre en considération un droit qu'elle ne connaît pas. Mais elle n'a pas la possibilité de reconnaître sur les biens se trouvant dans l'Etat où elle est en vigueur des prérogatives à certains créanciers alors que la loi de la société qui est en même temps la *lex fori* ne les admet pas.

Il faut donc, comme le souligne M. Loussouarn, se référer aux principes généraux établis en matière de droits réels pour obtenir une solution cohérente. Si la *lex rei sitae* est plus restrictive que la *lex fori*, elle doit prévaloir. Si elle est plus libérale, seule la loi de la faillite est applicable.

---

(1) Haute Cour de justice, 24 juillet 1896, *Clunet*, 1897, p. 185.

(2) Loussouarn, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, p. 378 et s. ; Pillet, *Des personnes morales en droit international privé*, n° 187, p. 277.

## CHAPITRE VI

# LES SOLUTIONS DE LA PROCÉDURE

Il est admis sans discussion que la loi du pays où la faillite d'un commerçant est prononcée est seule compétente pour déterminer les solutions qui peuvent lui être apportées (1). La nationalité du failli ou des créanciers n'est pas prise en considération. Ainsi en France, depuis le décret de loi du 22 mai 1955, la faillite ne peut plus s'achever par le concordat même si le failli est belge.

Si la faillite ne peut recevoir aucune solution autre que l'une de celles qui sont prévues par la loi en vertu de laquelle elle a été déclarée, il en résulte logiquement que seule cette loi peut préciser les conditions de forme et de fond auxquelles ces solutions sont subordonnées.

Ce principe élaboré par la doctrine et la jurisprudence est également consacré par le droit conventionnel. Toutes les conventions ne l'ont pas, cependant, précisé avec la même clarté. Les unes l'affirment d'une manière très explicite. Les autres l'admettent implicitement. Le traité franco-italien appartient à la première catégorie puisqu'il dispose dans son article 24 alinéa 4 que « la nomination et les pouvoirs de l'administrateur de la faillite, les formes de procédure à suivre, l'admission des créanciers et la formation du concordat sont réglés par la loi du pays où la faillite a été déclarée ». Il faut, néanmoins, reprocher aux rédacteurs de cette convention d'avoir été incomplets puisqu'ils ont seulement soumis la formation du concordat à la loi de la faillite. En dépit de cette lacune qui peut s'expliquer par une erreur de rédaction il faut, cependant, se rallier à l'avis de l'ensemble des auteurs qui estiment que les dispositions contenues dans l'article 24, alinéa 4 du traité franco-italien sont applicables à toutes les solutions de la faillite (2).

Le reproche fait aux auteurs de la convention franco-italienne s'adresse également à ceux des conventions franco-suisse et franco-belge. Ces derniers ont d'ailleurs eu le tort supplémentaire de manquer de clarté. Ils se contentent d'indiquer que le concordat est susceptible de produire des effets en dehors de l'Etat où il a été voté lorsque le jugement d'homologation a été déclaré exécutoire (3). Ce n'est donc

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1286 ; Percerou et Desserteaux, *op. cit.*, t. III, n° 1733 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII. fasc. II, n° 11907 ; Valensi, *Répert. dr. int.*, t. VIII, V° Faillite, n° 237.

(2) Percerou et Desserteaux, *op. cit.*, t. III, n° 1754.

(3) Article 8 du traité franco-suisse du 15 juin 1869 ; article 8, alinéa 2, du traité franco-belge du 8 juillet 1899.

que par déduction qu'il est possible d'admettre, d'une part, que la formation du concordat est régie par la loi de la faillite et, d'autre part, que cette règle vaut également pour les autres solutions de la faillite.

Si la compétence de la loi qui régit la faillite n'est pas discutée il importe, cependant, de déterminer si cette loi est seule applicable ou s'il faut admettre la compétence concurrente ou similtanée d'autres lois. D'une part il peut exister un défaut de communauté juridique entre la loi de la faillite étrangère et les dispositions législatives françaises. Il semble en être ainsi, *a priori*, en matière de concordat et d'« order of discharge ». Le droit de la faillite français dispose que seul le règlement judiciaire peut s'achever par le concordat. Le législateur belge le considére, en revanche, comme une solution normale de la faillite. De même le droit anglo-saxon permet à la juridiction anglaise qui a prononcé la faillite de libérer le failli de ses dettes alors qu'en France seuls les créanciers peuvent revendiquer ce droit. D'autre part, lorsque la faillite étrangère se termine par l'union il est important de savoir si la réalisation des biens du failli situés sur notre territoire doit être régie par la *lex fori* ou par la *lex rei sitae.*

Si la mise en œuvre des solutions de la faillite peut donner lieu à des conflits de lois lorsque l'actif du débiteur failli est disséminé dans plusieurs Etats, elle est également à l'origine de conflits de juridictions. Le jugement étranger qui clôture la faillite pour insuffisance d'actif ou qui homologue le concordat doit-il avoir été déclaré exécutoire pour produire des effets en France ?

Pour résoudre ces divers problèmes, il faut donc envisager les unes après les autres les solutions de la faillite en droit français et dans les autres législations et rechercher les difficultés qu'elles peuvent soulever sur le plan international.

## § 1. — CONFLIT DE JURIDICTIONS RELATIF A LA CLOTURE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

L'actif de la faillite peut se trouver complètement épuisé avant même qu'il ait été possible d'aboutir à une solution. Aux termes de l'article604, du code de commerce français, le tribunal de commerce a le droit, sur le rapport du juge-commissaire, de prononcer, même d'office, la clôture des opérations. Le jugement de clôture fait rentrer chaque créancier dans l'exercice de ses actions individuelles.

Cette solution est admise également par les législateurs belge et autrichien (1). Lorsque cette clôture des opérations de la faillite est

(1) *Article* 536, de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 : « si, à quelque époque que ce soit, avant la convocation des créanciers pour délibérer sur le concordat, il est reconnu que l'actif ne suffit pas pour couvrir les frais présumés d'administration et de liquidation de la faillite, le tribunal de commerce pourra, sur le rapport du juge-commissaire, prononcer, même d'office, la clôture des opérations de la faillite. Dans ce cas, les créanciers entreront dans l'exercice de leurs actions individuelles, contre la personne et les biens du failli ».

*Article* 166, alinéa 2, de l'ordonnance autrichienne sur la faillite du 10 décembre

prononcée par un jugement étranger, un jugement belge par exemple, celui-ci doit-il avoir obtenu l'exequatur pour produire des effets sur notre territoire ? La doctrine, dans son ensemble, se prononce en ce sens et il faut s'en féliciter (1). La clôture pour insuffisance d'actif suppose un jugement distinct du jugement déclaratif de faillite. Si ce dernier a été déclaré exécutoire en France le failli peut s'opposer à toute action individuelle d'un créancier en l'invoquant. La décision de clôture doit donc avoir obtenu l'exequatur pour permettre à l'un des créanciers de reprendre sa liberté d'action.

Si la procédure préparatoire ne peut être fréquemment poursuivie par suite d'insuffisance d'actif, cela provient de la disparittion du caractère exemplaire de la faillite. Le débiteur sachant que les sanctions susceptibles de l'atteindre ne sont pas très graves recourt à des expédients pour retarder sa mise en faillite. Cette situation n'existe pas toujours, cependant. Lorsque l'actif n'a pas été complètement dilapidé, les créanciers constitués en état d'union se partagent le produit de la vente des biens du failli.

## § 2. — CONFLITS DE LOIS ET DE JURIDICTIONS RELATIFS A L'ÉTAT D'UNION DES CRÉANCIERS

La faillite s'achève normalement par l'union. Cette solution existe dans la plupart des législations mais elle n'y a pas la même importance. En Autriche et en France, depuis le décret de 1955 l'union est considérée comme la solution normale. En revanche en Belgique (2) la réalisation totale de l'actif du failli n'intervient que si le débiteur n'obtient pas de concordat.

Il n'est pas discuté que l'union ne peut produire des effets sur notre territoire que dans la mesure où le jugement déclaratif étranger a été rendu exécutoire en France (3). Il est plus délicat par contre, de déterminer la loi qui doit régir la réalisation de l'actif du failli situé sur notre territoire.

Faut-il procéder à la vente de ses biens suivant les formes prévues par la loi de la faillite ou est-il nécessaire de se référer à celles exigées par la *lex rei sitae*, la loi française en l'espèce ? La doctrine dans son ensemble et le droit conventionnel se prononcent, à juste titre, en

---

1914. « si, au cours de la procédure de faillite, les biens destinés à en couvrir les frais sont insuffisants, la main-levée doit être prononcée. On surseoit à la main-levée s'il est fourni une provision suffisante pour les frais ».

(1) LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. VIII, n° 1267 ; VALENSI, *Répert. dr. int.*, t. VIII, V° Faillite, n° 444 ; en sens contraire, cependant : WEISS, *op. cit.*, t. VI, p. 304.

(2) *Article* 528 de la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851 : « s'il n'intervient point de concordat, les curateurs continueront à représenter la masse des créanciers et procèderont à la liquidation de la faillite ; ils feront vendre les immeubles, marchandises et effets mobiliers, et liquideront les dettes actives et passives ; le tout sous la surveillance du juge-commissaire en se conformant aux dispositions des articles 479 et 480, et sans qu'il soit besoin d'appeler le failli ».

(3) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, 5e éd., t. VIII, n° 1261 ; VALENSI, *Répert. dr. int.*, t. VIII, V° Faillite, n° 420.

faveur de la loi de situation des biens (1). La vente doit avoir lieu en France selon les formes prescrites par le législateur français en vertu de la règle *locus regit actum*. Deux considérations d'ordre pratique justifient, d'ailleurs, ce principe. D'une part, si les biens du failli ne sont pas vendus en France les acquéreurs risquent d'être rares. Les personnes susceptibles d'être intéressées par cette vente se trouvent en France. Si celle-ci n'avait pas lieu sur notre territoire, les acquéreurs éventuels hésiteraient à faire un long déplacement. Les créanciers en patiraient car le prix obtenu serait inférieur à la valeur réelle de l'immeuble. D'autre part, si le législateur subordonne la vente des biens de certaines personnes telles que le failli à l'accomplissement de formalités spéciales, c'est en vue d'éviter certaines fraudes. Or ces tentatives de fraude risquent de ne pas se présenter de la même manière dans les différents Etats. Il n'est donc possible de les déjouer qu'en utilisant les procédés prévus par chaque législateur.

En France il n'est pas suffisant, cependant, que la vente des biens du failli soit effectué sous certaines formes pour être parfaite. Le syndic qui la poursuit doit, au préalable, avoir été autorisé par le juge commissaire (2).

Le syndic étranger qui procède à cette vente sur notre territoire doit-il également posséder cette autorisation ? En d'autres termes, cette forme habilitante à laquelle le syndic doit satisfaire doit-elle être déterminée par la loi de situation des biens ou par la loi qui régit la faillite ? L'ensemble des auteurs estime que seule la loi de la faillite est compétente et il faut s'en féliciter (3). Cette règle se comprend d'ailleurs fort bien. La faillite n'est pas organisée de la même manière dans tous les Etats. Certaines lois, telle que celle en vigueur en France prévoient la nomination par le jugement déclaratif de faillite d'un juge-commissaire chargé de surveiller les opérations et la gestion de la faillite et disposant d'un pouvoir propre de décision. D'autres ne contiennent pas ce genre d'exigence. On se trouverait, dès lors, dans une situation inextricable, s'il fallait tenir compte pour ces formes habilitantes des dispositions de la *lex rei sitae* lorsque la loi de la faillite ne prévoirait pas la nomination d'un juge-commissaire. Il serait im-

---

(1) Humblet, « De la vente des immeuble dépendant d'une faillite déclarée en pays étranger », *Clunet*, 1883, p. 474 ; Surville et Arthuys, *op. cit.*, p. 678 ; Weiss, *op. cit.*, t. VI, p. 294 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1285 *bis*. L'article 24, alinéa 2, de la convention franco-italienne du 3 juin 1930 est également très explicite : « la vente des biens meubles ou immeubles sera faite conformément à la loi du pays où les biens sont situés ».

(2) *Article* 598, alinéa 1er, du Code de commerce : « s'il n'y a pas de poursuites en expropriation des immeubles commencée avant que les créanciers ne soient constitués en état d'union, l'administrateur, ou, sous réserve de ce qui est dit à l'alinéa 2 ci-dessous, le syndic, est seul admis à poursuivre la vente. Il est tenu d'y procéder dans les trois mois, sous l'autorisation du juge-commissaire, suivant les formes prescrites pour la vente des biens des mineurs ».

Voir en ce sens également : *Jur. class. droit commercial*, articles 437 à 614, fasc. 88, n° 87.

(3) Humblet, *op. cit.*, *Clunet*, 1883, p. 476 ; Lerebours-Pigeonniere et Loussouarn, *Droit international privé*, 8e éd., n° 433, p. 525 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1285 *bis* ; Weiss, *op. cit.*, t. VI, p. 294 et 295.

possible de mettre en demeure le syndic étranger de provoquer cette nomination dans le pays où la faillite aurait été déclarée et la juridiction française n'aurait aucune qualité pour y procéder. Seule la loi qui régit la faillite doit donc être consultée sur ce point. De ce fait le syndic français qui veut poursuivre la vente des biens du failli situés à l'étranger doit produire l'autorisation du juge-commissaire.

Si les deux solutions habituelles de la faillite, clôture pour insuffisance d'actif et union, ne soulèvent pas de grandes difficultés puisqu'elles sont prévues par la plupart des législations, il n'en est pas de même de l' « order of discharge » solution particulière au droit anglo-saxon.

## § 3. — CONFLITS DE LOIS ET DE JURIDICTIONS RELATIFS A L'« ORDER OF DISCHARGE »

L'« Order of Discharge » est une décision dans laquelle la cour anglaise qui a prononcée la faillite déclare le failli libéré de ses dettes sans que les créanciers y aient consenti. Il n'est pas contesté que cet « order of discharge » qui est une décision judiciaire n'est susceptible de produire des effets sur notre territoire que lorsqu'il a obtenu l'exequatur (1). En revanche, il est permis de se demander si cet exequatur peut être accordé. La question a donné lieu à de nombreuses controverses. Une partie de la doctrine et certainse décisions judiciaires ont estimé que cette décision anglaise qui libère le failli de tout ou partie de ses dettes ne peut être déclarée exécutoire en France (2). Le pouvoir conféré par la loi anglaise à la juridiction saisie est exorbitant. Cet acte de libération accordé par la Cour anglaise n'est pas conforme aux dispositions législatives françaises sur la faillite. D'après celles-ci, seule l'assemblée des créanciers a la capacité requise pour renoncer à une partie de ses droits. Toute loi qui ne tient pas compte de ce principe révèle un défaut de communauté juridique et ne peut donc pas être prise en considération.

Ces arguments ne sont pas convaincants. Il faut se rallier à la thèse contraire (3). D'une part, l'« order of discharge » n'est pas rendu d'une façon arbitraire. Le failli doit être interrogé en séance publique. Le sequestre officiel a l'obligation de faire un rapport sur la conduite et les affaires de ce dernier. Les créanciers doivent être consultés et la

---

(1) Trib. civ. Dreux, 22 juillet 1925, *Clunet*, 1926, p. 643.

(2) Rolin, *Rev. dr. int. pr.* 1904, cf. Rolin « Des conflits des lois en matière de faillite », *Académie de droit international, Recueil des cours*, 1926, IV, p. 154 ; Valensi, *Répert. dr. int.*, t. VIII V° Faillite, n° 186 ; note au Clunet, 1887, p. 740 ; Cour de Bruxelles, 3 janvier 1860, *Clunet*, 1881, p. 481 en note ; L'Institut de droit international, lors de sa session de Bruxelles de 1902 a également décidé que « les décisions judiciaires qui libèrent le failli d'une partie de ses dettes sans le consentement des créanciers, spécialement l'« order of discharge » des lois anglaises et américaines ne produisent aucun effet dans les autres Etats ».

(3) Weiss, *op. cit.*, t. VI, p. 302 ; Travers, *op. cit.*, Vol. VII, fasc. II, n° 11920 ; Trib. com. Seine, 15 nov. 1853, *Journal Trib. com.*, 1854, p. 158 ; Toulouse, 4 février 1886, *Clunet*, 1886, p. 332 ; Cour de Gênes, 9 avril 1888, *Clunet*, 1889, p. 911.

Cour est obligée de refuser l'« order of discharge » dans de nombreux cas. D'autre part il n'est pas certain que seuls les créanciers soient aptes à apprécier la situation. Il est possible même de soutenir le contraire. La juridiction saisie sera plus objective, plus impartiale et préconisera incontestablement la solution la meilleure pour les créanciers et pour le débiteur.

Si certains auteurs ont invoqué un défaut de communauté juridique entre les dispositions de la loi anglaise et celles de la loi française pour refuser tout effet extraterritorial à l'« order of discharge » la même objection ne sera-t-elle pas formulée en matière de concordat ? Certaines législations, en effet, telle que la loi belge sur la faillite du 18 avril 1851, donnent un caractère obligatoire à la tentative de concordat. D'autres, telle que la loi française depuis la réforme de 1955, rejettent toute possibilité de concordat en cas de faillite.

## § 4. — CONFLITS DE LOIS ET DE JURIDICTIONS RELATIFS AU CONCORDAT

Le concordat est une convention conclue entre le débiteur et ses créanciers. Ceux-ci lui accordent une réduction de son passif, des délais pour s'acquitter de ce qui est maintenu à sa charge, moyennant quoi il est remis à la tête de ses affaires.

Lorsque le concordat a été régulièrement voté et homologué en Belgique peut-il produire des effets en France ? (1) La loi belge sur la faillite considère, en effet, le concordat comme une solution normale de la faillite (2) alors que le législateur français dispose, depuis le décret-loi du 22 mai 1955, que seul le règlement judiciaire peut s'achever par le concordat. La faillite apparaît, de nos jours, en France, comme une mesure d'élimination des commerçants qui ne font plus face à leurs obligations et qui ne méritent pas d'être aidés. Elle n'atteint que le débiteur qu'il faut frapper de mort civile et elle ne peut donc se terminer que par l'union. Les dispositions législatives belges plus libérales ne risquent-elles pas, dès lors, de porter atteinte à l'ordre public français ? Il est tentant de répondre affirmativement, *a priori*, pour une double raison. D'une part, si le concordat voté et homologué en Belgique a une portée extraterritoriale les créanciers français seront obligés de subir les effets d'une solution qui leur aura été, peut-être, imposée par les créanciers belges plus nombreux. D'autre part, il est

(1) Certains auteurs et quelques décisions judiciaires ont dénié, en règle générale, toute portée extraterritoriale au concordat (Thaller, *Des faillites en droit comparé*, t. II, n° 225 ; Pillet, *Principes de droit international privé*, p. 558 ; Trib. rég. sup. Colmar, 31 mars 1908, *Clunet*, 1910, p. 613). Pour les uns la remise concordataire est faite aux valeurs sequestrées et non à celles qui se trouvent sur un autre territoire. Pour les autres le concordat est essentiellement un incident de la procédure d'exécution qui n'est susceptible d'être pris en considération qu'à l'intérieur de l'Etat où il se produit. Ces objections ont été rejetées, à juste titre, depuis longtemps par l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence. Elles ne méritent d'être signalées actuellement qu'à titre historique.

(2) Cf. Fredericq, *Traité de droit commercial belge*, 1949, t. VII, n° 256, p. 409.

difficilement concevable que le débiteur étranger bénéficie d'un régime plus libéral que le débiteur français.

Ces objections, si elles sont fondées, ne permettent pas, cependant, de dénier tout effet sur notre territoire au concordat homologué par une juridiction belge. Il est impossible de soutenir que les dispositions de la loi belge sont en désaccord absolu avec la conception française de la faillite. Il est d'autant plus certain que ce défaut de communauté juridique n'est pas établi que le législateur français a considéré le concordat comme une solution normale de la faillite jusqu'en 1955. Depuis cette date une réforme judicieuse est intervenue. Conforme à l'esprit de la loi du 30 août 1947 sur l'assainissement des professions commerciales et industrielles, cette modification du droit de la faillite tend à protéger le commerce en éliminant les mauvais commerçants. Si la législation belge n'accuse pas encore une telle évolution, il ne faut pas, cependant, en déduire qu'elle présente des différences fondamentales avec la loi française. De ce fait le concordat homologué en Belgique doit donc produire des effets sur notre territoire.

Si cette portée extraterritoriale du concordat doit être admise, il importe, toutefois, de déterminer les conditions auxquelles elle est subordonnée. Certains auteurs ont estimé qu'il suffit que le jugement qui a prononcé la faillite ait obtenu l'exequatur en France car le concordat apparaît comme l'accessoire de la faillite. Cette opinion a été, à juste titre, rejetée par Lyon Caen et Renault (1). Si le concordat était en France et est encore dans certains pays une solution normale de la faillite, il ne peut être considéré comme un accessoire du jugement déclaratif car en mettant fin au dessaisissement il fait disparaître la principale conséquence de la faillite.

D'autres auteurs et certaines décisions judiciaires ont établi une distinction, quant aux effets du concordat voté et homologué dans un autre Etat, entre les créanciers qui y ont adhéré et ceux qui ont refusé d'y souscrire (2). Le concordat étranger oblige les premiers. Leur consentement les lie. La convention passée entre eux et le failli est obligatoire dans tous les pays avant même que le jugement d'homologation ait obtenu l'exequatur (3). Elle n'est opposable aux seconds, en revanche, que dans la mesure où le jugement d'homologation a été déclaré exécutoire (4). C'est de ce dernier que le concordat tire sa force obligatoire à l'égard des créanciers dissidents. Ce jugement doit donc être soumis à la règle générale qui veut qu'une décision émanant d'une juridiction étrangère ne produise des effets sur notre territoire que dans la mesure où elle y a été autorisée.

Cette distinction proposée par une partie de la doctrine et consacrée par certains tribunaux a été rejetée par la Cour de Cassation le 21 juillet

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 5e éd., t. VIII, n° 1262.
(2) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 3e éd., t. VIII, n° 1262.
(3) Trib. civ. Seine, 18 juillet 1884, *Clunet*, 1884, p. 616 ; Toulouse, 4 février 1886, *Clunet*, 1886, p. 332 ; Cour de Gênes, 9 avril 1888, *Clunet*, 1889, p. 911.
(4) Trib. com. Seine, 6 mars 1886, *Journ. faillites*, 1887, art. 812, p. 237, *Clunet* 1887, p. 614 ; Cour d'appel de Monaco, 29 mars 1911, *Clunet*, 1911, p. 1327.

1903 (1). Les arguments avancés par la juridiction Suprême sont pertinents, et méritent d'être signalés. « Le condordat, estime la Cour de Cassation, ne saurait être considéré, même au regard des créanciers qui l'ont voté, comme une convention ordinaire se suffisant à elle-même. Le concours de volonté qu'il constate entre le débiteur failli et les créanciers de la majorité ne devient définitif et efficace que s'il est ratifié par l'autorité judiciaire compétente. En effet, l'homologation du concordat a pour résultat, non seulement d'en imposer les clauses aux créanciers dissidents, mais encore de réaliser la condition suspensive à laquelle l'engagement des créanciers adhérents est subordonné, et de rendre ainsi le concordat obligatoire pour les uns comme pour les autres ; d'où il suit que le concordat et le jugement qui l'homologue forment un tout indivisible, et que le débiteur ne peut invoquer en France le bénéfice du concordat qu'il a obtenu à l'étranger, sans se prévaloir en même temps du jugement de la juridiction étrangère qui en a prononcé l'homologation. Or aux termes des articles 2123 du Code civil et 546 du Code de procédure civile, ce jugement est dépourvu de toute autorité en France, tant qu'il n'a pas été déclaré exécutoire par un tribunal français. On ne saurait admettre, à cet égard, une distinction entre les créanciers de la minorité et ceux de la majorité, sans rompre, au préjudice de ces derniers, l'égalité qui est la loi du concordat comme celle de la faillite ». Il est certain, en effet, que les créanciers dissidents risqueraient d'être favorisés par rapport à ceux qui auraient voté le concordat. D'une part, ces derniers ne bénéficieraient pas des garanties qu'offre l'exequatur en raison de l'intervention des juridictions françaises. D'autre part, leur situation serait encore plus mauvaise si le juge français saisi refusait de déclarer exécutoire le jugement d'homologation étranger. Le concordat leur serait, néanmoins, opposable alors qu'il ne produirait aucun effet à l'encontre des créanciers qui n'y auraient pas souscrit.

Les juridictions françaises n'ont pas été, cependant, les seules à exiger que le jugement d'homologation du concordat ait obtenu l'exequatur pour être susceptible de produire des effets en France. Ces mêmes exigences se retrouvent dans le droit conventionnel. Les rédacteurs des conventions franco-suisse à l'article 8 (2), franco-belge à l'article 8, alinéa 2 (3), franco-italienne à l'arti-

---

(1) Cass. civ., 21 juillet 1903, S., 1903.I.449, note Ch. Lyon-Caen, *Clunet*, 1904, p. 138, Réquisitoire du Procureur général Baudouin.

(2) Convention franco-suisse du 15 juin 1869, article 8 : « en cas de concordat l'abandon fait par le débiteur failli des biens situés dans son pays d'origine et toutes les stipulations de concordat produiront, par la production du jugement d'homologation, déclaré exécutoire conformément à l'article 16, tous les effets qu'il aurait dans le pays de la faillite ».

(3) Convention franco-belge du 8 juillet 1899, article 8, alinéa 2 : « Les effets de la faillite déclarée dans l'un des deux pays par le tribunal compétent d'après les règles qui précèdent, s'étendent au territoire de l'autre. Le syndic ou curateur peut, en conséquence, prendre toutes mesures conservatoires ou d'administration et exercer toutes actions comme représentant du failli ou de la masse. Il ne peut toutefois procéder à des actes d'exécution qu'autant que le jugement en vertu duquel il agit a été revêtu de l'exequatur conformément aux règles édictées par l'article 2 ci-après. Le

cle 21 (1) et francomonégasque à l'article 8 (2) se sont prononcés en ce sens.

Faut-il en déduire, toutefois, que le jugement d'homologation étranger ne peut jamais être pris en considération avant qu'il ait été déclaré exécutoire. Il ne semble pas. D'une part, il peut fournir des éléments de preuve (3). La Cour de Cassation l'a admis le 30 janvier 1912 (4). Elle a estimé qu'un jugement étranger non exequaturé en France qui a homologué le concordat d'une société en faillite et attribué les titres de cette société à une nouvelle société peut être retenu par un tribunal français en vue d'y trouver la preuve de la transmission des créances ayant fait partie de l'actif de la société faillie. Il en est du moins ainsi si les juges ne se sont pas prévalus de l'autorité de la chose jugée qui s'attachait à ce jugement, mais se sont bornés à apprécier le jugement et les autres documents soumis à leur examen au point de vue de la valeur probante qui pouvait en découler. D'autre part, il a l'autorité de la chose jugée s'il émane d'une juridiction appartenant à un pays qui a conclu sur ce point une convention avec la France. Les conventions franco-belge, franco-italienne et franco-monégasque l'affirment d'une manière très explicite (5). La convention franco-suisse laisse planer, en revanche, un certain doute. Une interprétation littérale de l'article 8 (6) permet de supposer que l'exequatur est nécessaire dans tous les cas. Il est indispensable, cependant, de se détacher du texte lui-même et de rechercher quelles ont été les intentions des rédacteurs du traité. En procédant ainsi il est permis de soutenir que le jugement d'homologation du concordat a l'autorité de la chose jugée

---

jugement d'homologation du concordat rendu dans l'un des deux pays aura autorité de chose jugée dans l'autre et y sera exécutoire d'après les dispositions du même titre II ».

(1) Convention franco-italienne du 3 juin 1930, article 21 : « Les effets de la faillite déclarée dans l'un des deux pays par une juridiction compétente d'après les règles de l'article précédent s'étendent au territoire de l'autre. Le syndic ou l'administrateur peut, en conséquence, prendre toutes mesures conservatoires ou d'administration et exercer toutes actions comme représentant du failli ou de la masse. Il ne peut toutefois procéder à des actes d'exécution qu'autant que le jugement en vertu duquel il agit a été revêtu de l'exequatur, conformément aux règles édictées dans les articles 3 et suivants du Titre premier. Le jugement d'homologation d'un concordat rendu, dans l'un des deux pays à l'autorité de chose jugée dans l'autre et y rendu exécutoire d'après les mêmes règles ».

(2) Convention franco-monégasque du 13 septembre 1950, article 8 : « Toutes les décisions rendues en matière de faillite ou de liquidation judiciaire dans l'un des deux pays notamment celles relatives au concordat et à la réhabilitation, auront autorité de chose jugée dans l'autre dès qu'elles auront acquis cette autorité dans le pays où elles auront été rendues. Elles n'y seront toutefois exécutoires que dans les conditions précisées au dernier alinéa de l'article 3 ci-dessus ».

(3) En revanche le concordat homologué à l'étranger n'a pas l'autorité de la chose jugée en France comme l'ont soutenu certains auteurs : (Weiss, *op. cit.*, t. VI, p. 300 ; Surville et Arthuys, *op. cit.*, n° 525) et quelques décisions judiciaires (Cour d'Appel d'Athènes, 1903, n° 760, *Clunet*, 1906, p. 1224). En l'absence de conventions diplomatiques l'exequatur a, en effet, pour effet de conférer aux jugements étrangers autorité de la chose jugée (Batiffol, *Traité*, 3e éd., n° 743, p. 828).

(4) Cass. civ., 30 janvier 1912, S., 1916.I.113, note Audinet.

(5) Cf. p. 389, article 8, de la convention franco-belge ; article 21 de la convention franco-italienne ; article 8 de la convention franco-monégasque.

(6) Cf. p. 388, article 8, de la convention franco-suisse.

avant qu'il ait été déclaré exécutoire en France (1). Il faut noter, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 17 le tribunal de l'exequatur n'a pas le droit de réviser au fond la décision produite. Il est certain, en second lieu, que le jugement déclaratif de faillite jouit de l'autorité de la chose jugée. La refuser au jugement d'homologation ferait apparaître un défaut de concordance entre les deux décisions que les auteurs de la convention n'ont sûrement pas voulu établir.

(1) Weiss, *op. cit.*, t. VI, p. 302 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VIII, n° 1321 ; Valensi, *Répert. dr. int.*, t. VIII, n° 588, V° Faillite.

# CONCLUSION

L'étude des conflits de lois et de juridictions en matière de faillite permet de tirer un double enseignement. Il importe, d'une part, d'admettre le système de l'unité et de l'universalité de la faillite. Il faut, d'autre part, étendre dans l'espace et dans le temps le domaine d'application de la loi qui la régit.

Le principe de l'unité et de l'universalité de la faillite doit, en premier lieu, triompher. Actuellement dans le domaine politique et économique on se trouve au stade intermédiaire entre l'ordre international pleinement constitué et les sociétés nationales entièrement fermées. Les internationalistes n'ont pas encore obtenu un succès complet. Les territorialistes conservent un secret espoir.

Pourquoi, dès lors, le juriste n'essaierait-il pas de devancer le mouvement ? Pourquoi n'interviendrait-il pas d'une manière positive dans le combat qui se livre au lieu de se contenter d'adapter les dispositions législatives au nouveau contexte politique, économique, social ? Pourquoi n'oserait-il pas faire triompher l'universalisme dans le domaine particulier de la faillite ? (1).

Ce système de l'unité et de l'universalité de la faillite doit, cependant, être organisé, aménagé, D'une part, la solution doit être juridiquement cohérente. D'autre part, elle doit être pratiquement satisfaisante.

Sur le plan juridique, la compétence exclusive du tribunal du domicile ou du siège social du débiteur, personne physique ou personne morale, s'impose. Le principal établissement est le cerveau d'une entreprise. Ses services essentiels, son activité, sa vie juridique, administrative, commerciale y sont concentrés. Les livres et papiers du débiteur qui permettent au syndic d'obtenir les renseignements nécessaires à sa mission s'y trouvent. Seul le tribunal du principal établissement peut donc avoir une connaissance complète de la situation. Seul il est également en droit de soutenir que le jugement déclaratif qu'il prononce est susceptible d'avoir une répercussion internationale et doit produire des effets extraterritoriaux. Les directives, les capitaux viennent du principal établissement. La faillite déclarée en ce lieu paralyse l'activité des établissements secondaires.

Sur le plan pratique, il faut éviter toute injustice. Le principe de l'unité et de l'universalité ne doit pas porter préjudice aux créanciers.

---

(1) Il faut noter avec satisfaction que dans le cadre de la Communauté économique européenne un avant-projet de convention a été élaboré. Il doit organiser la déclaration d'une seule faillite qui permettra de liquider les biens du débiteur situés sur le territoire de plusieurs Etats membres, cf. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5e éd., par Roblot, t. II, nº 2807, p. 328.

Il ne doit pas être à l'origine de gaspillages. Trois règles permettent d'éviter ces inconvénients.

Tout d'abord, lorsqu'un individu exerce une activité commerciale sur le plan international, il est nécessaire de donner une évaluation exacte de l'actif total à ses cocontractants et de leur préciser qu'en cas de mauvaises affaires la faillite sera régie par la loi du principal établissement. Ceux-ci peuvent ainsi proportionner le crédit qu'ils accordent à ce gage général. Ils ont de même la possibilité de se documenter sur les dispositions de la loi susceptible d'être appliquée.

Il importe, également, de publier le jugement déclaratif de faillite dans tous les pays où le syndic risque de l'invoquer avant même qu'il ait été rendu exécutoire. Les tiers doivent être informés aussi vite et aussi complètement que possible afin de prendre les dispositions qui s'imposent.

Enfin, il est indispensable d'accélérer le déroulement de la procédure pour éviter tout acte préjudiciable émanant soit du débiteur, soit de créanciers peu scrupuleux. A cette fin il faut décharger le syndic nommé au lieu du principal établissement des lourdes tâches qui lui incombent en lui adjoignant un ou plusieurs syndics désignés dans les pays où le failli a exercé une activité commerciale importante. Ces derniers connaissent parfaitement la situation locale. Ils peuvent faire un rapport circonstancié dans de brefs délais au syndic nommé par le tribunal du principal établissement. Celui-ci a alors une connaissance complète de l'affaire et peut demander très rapidement aux syndics locaux de prendre les mesures conservatoires indispensables.

Il ne suffit pas, cependant, de préconiser et d'aménager le système de l'unité et de l'universalité de la faillite. Il importe, en second lieu, d'étendre dans l'espace et dans le temps le domaine d'application de la loi qui la régit.

La *lex fori* ne doit pas, certes, être la seule compétente. La loi applicable au lieu de situation des biens du débiteur risque de refuser d'abdiquer, dans certaines hypothèses, devant la loi de la faillite. Il faut limiter, cependant, sa compétence selon un double principe. D'une part, la *lex rei sitae* doit avoir essentiellement un rôle négatif, prohibitif. Elle peut s'opposer à la constitution d'un droit ou à la transmission d'un bien qu'elle n'admet pas. Elle ne doit pas avoir un rôle créateur par rapport à la *lex fori*. Seule cette dernière est applicable lorsqu'elle se montre plus restrictive en vue de protéger les créanciers. D'autre part, il est nécessaire de restreindre le rôle de l'ordre public. Cette notion permet d'écarter la loi étrangère compétente lorsqu'elle contient des règles qui heurtent les dispositions juridiques ou sociales du pays où elle devrait s'appliquer. L'ordre public intervient lorsqu'existe un défaut de communauté juridique ou lorsqu'il faut sauvegarder certaines politiques législatives. Ces exigences sont-elles réalisées en règle générale, en matière de faillite ? Il ne semble pas. Dans les différents Etats où la faillite est admise cette institution poursuit un double but : assurer principalement l'égalité entre les créanciers, favoriser subsidiairement le relèvement du failli dans la mesure où les deux intérêts en présence peuvent se concilier. Les

rédacteurs des lois qui régissent la faillite ont tous recherché la même fin. Ils ont tous été animés du même désir. Seule l'organisation de cette institution varie selon les pays. Comment peut-on dès lors soutenir qu'il y a un défaut de communauté juridique pour rejeter l'application de la loi normalement compétente ?

Dans le temps, enfin, il faut reconnaître à la loi qui régit la faillite une certaine portée extraterritoriale avant que le jugement déclaratif ait obtenu l'exequatur. La protection des créanciers suppose que le syndic prenne une série de dispositions très rapidement. Il y a dès lors antinomie entre les lenteurs de la procédure d'exequatur et certaines mesures d'urgence qui s'imposent. Pour éviter cet écueil il faut permettre au syndic de faire certains actes conservatoires avant toute décision d'exequatur.

Telles sont les règles essentielles autour desquelles peut être élaboré un système cohérent de l'unité et de l'universalité de la faillite.

# BIBLIOGRAPHIE DES OUVRAGES CITÉS

## I. — Traités et ouvrages généraux


ARMINJON. — *Précis de droit international privé*, 3e éd., t. I, 3e éd., t. II, t. III, 1931, Dalloz.

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 4e éd., t. I ; COSSE, 5e éd., t. I ; t. II, par RAU et FALCIMAIGNE ; 5e éd., t. XII, MARCHALL et BILLARD.

BARTIN. — *Principes de droit international privé*, t. I, Montchrestien.

BATIFFOL. — *Traité élémentaire de droit international privé*, 3e éd., L.G.D.J., 1959.

BAUDRY-LAGANTINERIE et CHAUVEAU. — *Traité théorique et pratique de droit civil des biens*, Larose, 1896.

BONNECASE. — *Traité de droit commercial maritime*, Sirey, 1923.

BOUZAT et PINATEL. — *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. I, Dalloz, 1963.

BRULLIARD et LAROCHE. — *Précis de droit commercial*, 4e éd., P.U.F., 1960.

COLIN et CAPITANT. — *Traité de droit civil*, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. I., Dalloz, 1957.

DESPAGNET et DE BOECK. — *Précis de droit international privé*, 5e éd., Larose, 1909.

DIENA. — *Trattato di deritto comerciale*, t. III.

ESCARRA. — *Cours de droit commercial*, Sirey, 1952.

ESCARRA et RAULT. — *Traité de droit commercial, les sociétés commerciales*, t. IV, Sirey, 1959.

FREDERICQ. — *Traité de droit commercial belge*, t. VII, t. VIII, Gand, 1949.

HAMEL. — *Droit Maritime*, Paris, Les Cours du droit, 1947-1948.

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, RODIÈRE et HOUIN. — *Droit commercial et droit fiscal des affaires*, t. I et t. II, 1re éd., Dalloz, 1958, 1959 ; t. II, 2e éd., Dalloz, 1962.

LACOUR et BOUTERON. — *Précis de droit commercial*, t. I, 3e éd., Dalloz, 1924.

LAURENT. — *Le droit civil international*, t. VII, Marescq, 1881.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et LOUSSOUARN. — *Droit international privé*, 7e éd., Dalloz, 8e éd., Dalloz, 1962.

LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial*, t. I, 5e éd., t. VI, 5e éd., t. VII et t. VIII, 5e éd., par AMIAUD, L.G.D.J.

MARTY et RAYNAUD. — *Droit civil*, t. I, Sirey, 1956.

MAZEAUD (H.L.J.). — *Leçons de droit civil*, t. III, Montchrestien, 1960.

NIBOYET. — *Traité de droit international privé*, t. III, t. IV, 1947 ; t. VI, 1949 ; t. VI *bis*, 1950, Sirey.

PILLET. — *Traité de droit international privé*, t. I, 1923 ; t. II, 1924, Sirey.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, t. I, « Les personnes », 2e éd., par SAVATIER ; t. III, « Les biens », 2e éd., par PICARD ; t. X, « Contrats civils », par HAMEL, GIVORD et TUNG, 2e éd., L.G.D.J.

RIPERT. — *Droit Maritime*, 4e éd., t. II, Dalloz.

RIPERT et BOULANGER. — *Traité de droit civil*, t. III, L.G.D.J., 1958.

RIPERT, DURAND et ROBLOT. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 4e éd., t. II, L.D.G.J., 1960 ; 5e éd., t. II, L.G.D.J.

RIVERO. — *Droit administratif*, 2e éd., Dalloz.

RODIÈRE. — *Précis de droit maritime*, Dalloz, 1963.

SAVATIER. — *Cours de droit international privé*, L.G.D.J., 1947.

SAVIGNY. — *Traité de Droit Romain*, t. VIII, traduction Guenoux, Paris, 1851.

SURVILLE et ARTHUYS. — *Cours élémentaire de droit international privé*, 4e éd., Rousseau.

THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 6e éd., 8e éd., 1931, Rousseau.

TRAVERS. — *Le droit commercial international*, Vol. VII, fasc. I et II, « Faillites et institutions analogues ayant pour but de régler la situation au cas d'insolvabilité ou de cessation de paiements d'un commerçant », Sirey, 1935, 1936.

VALERY. — *Manuel de droit international privé*, Fontemoing, 1914.

DE VAREILLES-SOMMIÈRES. — *Synthèse du droit international privé*, t. I.

VON-BAR. — *Intern Privatrecht und Strafrecht*, § 487.

WAHL. — *Précis de droit commercial*, Sirey, 1922.

WALINE. — *Droit administratif*, 9e éd., Sirey.

WEISS. — *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2e éd., t. III, t. IV, t. VI, Larose.

## II. — Ouvrages spéciaux

ANJAY. — *Etudes sur le traité franco-suisse.*

ARGENSON, TOUJAS et DUTHEIL. — *Faillites et règlements judiciaires*, 3e éd.. Librairies techniques.

BATIFFOL. — *Les conflits de lois en matière de contrats*, Sirey, 1938.

BRICHET. — *Les associations de la loi de* 1901, Librairies techniques, 1957.

DE COCK. — *Etudes sur la convention franco-belge du 8 juillet* 1899, Rousseau, 1912.

GIVERDON. — *Répert. procédure civile et commerciale*, t. II, v° Jugement.

GORDON SELFRIDGE. — *L'apologie du commerce.*

GRINEBERG-VINAVER. — *Répert. dr. int.*, t. V, V° Domicile et résidence.

HOUIN. — *Répert. dr. com. et sociétés*, II, V° Faillite.

JACOT. — « La faillite en droit international », *Nouvelle revue de droit international privé*, 1934, p. 791.

LOUSSOUARN. — *Les conflits de lois en matière de sociétés*, thèse Rennes 1947.
— « La condition des personnes morales en droit international privé », *Académie de droit international, Recueil des cours*, 1958.
— *Jur. class. dr. int.*, 4e vol., fasc. 557 A.

MAGALHAES. — « La doctrine du domicile en droit international privé », *Académie de droit international, Recueil des cours*, 1928, t. 23, p. 129.

MICHOUD et TROTABAS. — *La théorie de la personnalité morale*, 3e éd., L.G.D.J., 1932.

MISCHLICH. — *Répert. dr. com. et soc.*, t. II, V° Faillite.

PERCEROU et DESSERTEAUX. — *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2e éd., t. I, 2e éd., t. III, Rousseau.

PILLET. — *Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements*, Sirey, 1913.
— *Mélanges*, t. I, Sirey.
— *Des personnes morales en droit international privé*, Sirey, 1914.

PONSARD. — *Jur. class. dr. int.*, Vol. V, fasc. 568.

ROLIN. — « Des conflits de lois en matière de faillite », *Académie de droit international, Recueil des cours*, 1926, IV, p. 5.

SAFA. — *La faillite en droit international privé*, thèse Beyrouth, 1953,

THALLER. — *Des faillites en droit comparé*, t. II.

THALLER et PIC. — *Des sociétés commerciales*, t. I, 2e éd., Rousseau, 1925.

VALENSI. — *Répert. dr. int.*, t. VIII, V° Faillite.

VEAUX (D.). — *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales*, Editions techniques, 1947.

VIDAL. — *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Dalloz, 1957.

### III. — Articles, chroniques, notes, conclusions, rapports.

ANCEL. — Note sous Cass. civ., 7 janvier 1964, *J.C.P.*, 1964.II.13590.

ARMINJON. — « Conflits de lois en matière de domicile », *Rev. dr. int. pr.*, 1932, p. 616.

AUDINET. — Note sous Cass. civ., 30 janvier 1912, S., 1916.I.113.

BARTIN. — « Le jugement étranger considéré comme un fait », *Clunet*, 1924, p. 871.

BATIFFOL. — Note sous Cass. civ., 17 avril 1953, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1953, p. 412.
— Note sous Cass, civ., 7 janvier 1964, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1964, p. 344.

BAUDOIN. — Conclusions, D., 1905.I.513.

BESSON. — Note sous Cass. civ., 25 mai 1943, D., *crit.*, 1944, p. 25.

BEUDANT. — Note sous Paris, 30 août 1867, D., 1868.II.114.

BEUTZEN. — « L'union scandinave de droit international privé », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1934, p. 870.

BLAEVOET. — « Personnes privées et personnes publiques », « Objectivité du droit public français », *J.C.P.*, 1950, D., p. 889.

DE BOECK. — Note sous Cour de Cassation de Belgique, 23 mai 1889, D., 1891. II.225.
— « Les conflits de lois en matière de droits réels dans le cas de faillite », *Rev. dr, int. pr.*, 1913, p. 289.

BONNECASE. — « La faillite en droit international privé », *Clunet*, 1912, p. 760.

BOUREL. — « L'obligation au passif social des dirigeants de sociétés anonymes et à responsabilité limitée en cas d'insuffisance d'actif », *Rev. trim. dr. com.* 1960, p. 785.

BREDIN. — Note sous Trib. gr. inst. Seine, 14 mai 1962, *Clunet*, 1963, p. 118.

BUCHET. — Note sous Cass. civ., 17 avril 1953, *J.C.P.*, 1953.II.7863.

CAPITANT. — *Clunet*, 1929, p. 81.

CHAROUSSET. — « Unité de la faillite et universalité des effets dans les pays du Marché Commun », Revue Syndics et Administrateurs judiciaires de France, 1964, p. 269.

CHERON. — Note sous Cass. civ., 16 mars et 13 juillet 1942, D. *crit.*, 1944, p. 1.

CONTUZZI. — « De la nécessité d'accorder aux étrangers le même traitement qu'aux nationaux dans la répartition des produits de la faillite », *Clunet*, 1892, p. 1105.

COTELLE. — Rapport, *Journ. faill.*, 1887, art. 890, p. 449.

DAGUIN. — « De l'exécution des jugements étrangers en France », *Clunet*, 1889, p. 47.

ESPERSON. — « Le droit international privé dans la législation italienne », *Clunet*, 1884, p. 375 et p. 376.

FOCHIER. — Rapport. D., 1897.1.525.

FREYRIA. — « Le problème de la loi applicable aux successions », *Trav. comité fr. dr. int. pr.*, 1946-1947, 1947-1948, p. 79.

GAVALDA. — « L'état actuel du droit international de la faillite », rapport au Comité français de droit international privé, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1964, p. 605.

— Note sous Aix-en-Provence, 29 juin 1964, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1965, p. 138.
— Note sous Trib. gr. inst. Seine, 22 décembre 1965, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1966, p. 490.

Glasson. — « Compétence des tribunaux français entre étrangers », *Clunet.* 1881, p. 127.

Gore. — Note sous Douai, 1er décembre 1955, D., 1956.J., p. 224.

Granger. — Note sous Cass. civ., 17 janvier 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9601.

Hemar. — Conclusions, S., 1879.II.168.

Houin. — « Travaux de la commission de réforme du Code de commerce », *Rev. trim. dr. com.*, 1950, p. 388.
— « La réforme de la faillite et de la liquidation judiciaire », *Rev. trim. dr. com.*, 1955, p. 484.
— *Rev. trim. dr. com.*, 1955, p. 518, note 1.
— Note sous Cass civ., 17 janvier 1956, D., 1956, p. 265.
— Note sous Paris, 14 novembre 1957, D., 1958, p. 277.
— « Réforme de la législation sur les banqueroutes et autres infractions en matière de faillite », *Rev. trim. dr. com.*, 1959, p. 1.
— Observations sous Cass. com., 11 mai 1960, *Rev. trim. dr. com.*, 1960, p. 899.
— Observations sous Cass. com., 6 mars 1962, *Rev. trim. dr. com.*, 1962, p. 480.
— *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 915, n° 43.
— *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 897.

Humblet. — « Des effets de la faillite déclarée à l'étranger d'après la jurisprudence belge », *Clunet*, 1880, p. 87.
— « De la vente des immeubles dépendant d'une faillite déclarée à l'étranger », *Clunet*, 1883, p. 474.

Kleintjes. — *Ann. dr. com.*, 1890, p. 281.

Kolher. — *Ann. dr. com.*, 1886-1887, p. 101.

Lagarde. — Note sous Paris, 19 février 1960, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 191.

Lambert. — « La personnalité juridique de la masse », *J.C.P.*, 1960, I, nos 1568, 1590, *J.C.P.*, 1961, I, n° 1643.

Lefaivre. — « La responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes en cas de faillite », *Gaz. Pal.*, 1951.I, D., p. 14.

Legeais. — « L'extension de la faillite sociale », *Rev. trim. dr. com.*, 1957, p. 290.

Lerebourgs-Pigeonnière. — Rapport, S., 1945.I.77.

Levantal. — « De la compétence des tribunaux français en matière de faillite en droit international privé », *Clunet*, 1937, p. 504.

Levasseur. — Note sous Cass. civ., 28 janvier 1954, D., 1954, p. 217.

Louis-Lucas. — « L'idée de réciprocité dans le règlement des conflits de lois », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1947, p. 18.
— « La fraude à la loi étrangère », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 1.

Loussouarn. — Note sous Douai, 1er décembre 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 494.
— Note sous Trib. civ. Seine, 4 novembre 1954, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 690.
— Note sous Trib. civ. Seine, 7 mars 1957, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, p. 331.
— Note sous Paris, 22 février 1957, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 84.
— Note sous Paris, 31 octobre 1957, *Rev. trim. dr. com.*, 1958, p. 452.
— *Rev. trim. dr. com.*, 1958, p. 876.

Loussouarn. — Note sous Paris, 18 octobre 1962, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1964, p. 126.
— Note sous Riom 18 février 1963, *Rev. trim. dr. com.*, 1964, p. 453.
— Note sous Cass. civ., 7 janvier 1964, *Rev. trim. dr. com.*, 1964, p. 455.

Lyon-Caen. — Note sous Cass. civ., 13 décembre 1904, S., 1905.I.65.
— Note sous Cass. civ., 26 juin 1905, S., 1905.I.433.

Malaurie. — Note sous Trib. gr. inst. Seine, 14 mai 1962, D., 1962.J., p. 656.

Marignan. — Rapport, *Clunet*, 1896, p. 360.

Maury. — « L'ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand », *Rev. crit. int. pr.*, 1954, p. 10.

MAZEAUD (J.). — Note sous Paris, 22 février 1957, *J.C.P.*, 1957.II.10052.

MESDACH DETER KIELLE. — Conclusions, *Clunet*, 1895, p. 430.

MEVORACH. — « Le patrimoine ». *Rev. trim. dr. civ.*, 1936, p. 811.

NADELMANN. — « Droit international privé de la faillite », *Clunet*, 1940-1945, p. 73.
— « Du concordat préventif de faillite aux Etats-Unis d'Amérique et au Canada », *Rev. trim. dr. com.*, 1951, p. 707.
— « Rapport sur le droit international privé de la faillite », *Rev. trim. dr. com.*, 1952, p. 52.
— « La loi américaine sur la faillite et le conflit de juridictions », *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 67.

NAST. — *Clunet*, 1925, p. 1041.

NECTOUX. — Note sous Cass. com., 25 février 1958, *J.C.P.*, 1958.II.10510.
— Note sous Cass. com., 14 octobre 1959, *J.C.P.*, 1959.II.11308.

NIBOYET. — « Des modifications à apporter au statut des français en pays étranger et des étrangers en France », *Rev. dr. int. pr.*, 1929, p. 199.
— Note sous Paris, 24 avril 1940, S., 1942.II.31.
— Note sous Cass. civ., 22 mars 1944, S., 1945.I.77.

PERCEROU. — Note sous Trib. civ. Thonon, 8 juillet 1955, D., 1956.J., p. 227.

PERROUD. — Note sous Paris 11 mai 1927, *Clunet*, 1928, p. 656.
— « Effets produits en France par un jugement étranger en matière de faillite », *Clunet*, 1929, p. 281.
— « La convention franco-italienne du 3 juin 1930 sur l'exécution des jugements », *Clunet*, 1934, p. 288.

PETITON. — Conclusions, D., 1888.I.110.

PEYTEL et HEYMANN. — « Les établissements à succursales multiples », *Gaz. Pal.* 1949.II, D., 30.

PIC. — « De la faillite et de la liquidation judiciaire des sociétés commerciales en droit international privé », *Clunet*, 1892, p. 592.
— Note sous Cass. civ., 11 mars 1913, D., 1914, p. 185.

PONSARD. — Note sous Trib. civ. Seine, 4 novembre 1954, *Clunet*, 1955, p. 650.
— Note sous Paris, 10 novembre 1960, *Clunet*, 1961, p. 426.
— Note sous Cass. civ., 7 juin 1962, *Clunet*, 1963, p. 108.

RAHUSEN. — Rapport à la quatrième Conférence de droit international privé de La Haye.

RIPERT. — « Quelques questions sur la faillite dans le droit international privé » *Rev. crit. législ. et jurispr.*, 1877, p. 726.

SAVATIER (R.). — « La condition en droit international privé des personnes morales dans les divers décrets-lois français de 1939 », *Rev. crit. dr. int. pr.* 1939, p. 432.

SEVESTRE. — Conclusions, *Clunet*, 1929, p. 1096.

SIALELLI. — Note sous Riom, 18 février 1963, *Clunet*, 1963, p. 1058.

SIMON-DEPITRE. — Note sous Riom, 18 février 1963, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1964,p. 87.

THALLER. — Note sous Cass. civ., 26 juin 1905, D., 1905.I.513.

TOUFFAIT et HERZOG. — « L'ordonnance n° 58.1299 sur les banqueroutes et autres infractions en matière de faillite », *J.C.P.*, 1959.I.1473.

TRAVERS. — « Le projet de traité concernant la faillite », *Rev. dr. int. pr.*, 1925-1926, p. 220.
— « La faillite », *Travaux comité franç. dr. int. pr.*, 1936, p. 9.

VERBYST. — « La nouvelle responsabilité civile des administrateurs et gérants de sociétés », *Gaz. Pal.*, 1955.II, D., p. 34.

WECKER. — « Les conditions d'extension de la faillite d'une société aux personnes visées par l'article 437, alinéa 4 du Code de commerce », *Gaz. Pal.*, 1951.II, D., 53.

WESER. — Note sous Paris, 7 novembre 1962, *Rev. crit. dr. int. privé*, 1965, p. 127.

WIGNY. — « La faillite en droit international privé belge », *Rev. dr. int. pr.*, 1932, p. 634.

# BIBLIOGRAPHIE DES DÉCISIONS JUDICIAIRES CITÉES

## I. — Jurisprudence française


1837 14 mars, Cass. civ., S., 1837.I.195.

1840 8 juillet, Aix, S., 1841.II.263.

1843 12 décembre, Cass. Req., S., 1844.I.74.

1845 14 août, Douai, S., 1846.II.303.

1847 17 juin, Colmar, S., 1848.II.217.
23 décembre, Paris, S., 1848.II.355.

1855 16 avril, Paris, S., 1855.II.335.

1857 6 mars, Cass. crim., D.P., 1857.I.180.
24 novembre, Cass. Req., D., 1858.I.85.

1859 19 avril, Cass. Req., S., 1859.I.411.
6 octobre, Trib. com. Seine, *Journ. trib. com.*, 1860, p. 73.

1863 9 mars, Cass. civ., S., 1863.I.225.

1864 10 février, Colmar, S., 1864.II.122.

1869 12 février, Chambéry, S., 1870.II.9.

1870 21 juin, Cass. civ., D., 1871.I.294.
12 juillet, Caen, S., 1871.II.57.

1872 22 février, Paris, S., 1872.II.90.
27 février, Trib. com. Marseille, *Jurispr. civ. et com. Marseille*, 1872, p. 29.
19 mars, Cass. Req., S., 1872.I.238.

1873 31 janvier, Paris, S., 1874.II.33.
21 mars, Paris, *Clunet*, 1875, p. 18.

1874 2 juin, Bordeaux, S., 1875.II.37.

1875 22 novembre, Cass. Req., S., 1876.I.213.
14 décembre, Paris, S., 1876.II.70.

1876 19 janvier, Trib. Seine, *Clunet*, 1877, p. 45.
7 décembre, Trib. com. Marseille, *Clunet*, 1877, p. 423.

1877 20 janvier, Paris, *Clunet*, 1878, p. 41.
17 juillet, Paris, S., 1880.II.195.
21 décembre, Trib. Seine, *Clunet*, 1878, p. 376.

1878 7 mars, Paris, S., 1879.II.164.

1879 25 novembre, Cass. civ., S., 1880.I.257.

1882 2 février, Trib. com. Seine, *Clunet*, 1885, p. 458.
29 novembre, Trib. com. Seine, *Journ. faill.*, 1883, p. 61.

1883 6 janvier, Trib. com. Seine, *Journ. faill.*, 1883, p. 61.
17 avril, Toulouse, *Clunet*, 1883, p. 161.
14 juin, *Journ. faill.*, 1884, p. 11.
19 juin, Trib. com. Perpignan, *Clunet*, 1885, p. 83.
24 décembre, Trib. com. Seine, *Journ. faill.*, 1884, article 321, p. 209.

1884 2 avril, Cass. civ., S., 1886.I.121.
3 avril, Aix, *Clunet*, 1885, p. 81.
12 juin, Montpellier, *Clunet*, 1885, p. 85.
18 juillet, Trib. civ. Seine, *Clunet*, 1884, p. 616.
8 août, Montpellier, *Journ. faill.*, 1884, art. 389, p. 527.

1885 4 février, Cass. civ., *Gaz. Pal.*, 1885.I.396, *Clunet*, 1886, p. 83, S., 1886.I.200
18 mars, Chambéry, *Clunet*, 1886, p. 82.
25 mars, Bordeaux, *Clunet*, 1886, p. 710.
29 avril, Cass. Req., *Clunet*, 1885, p. 292.
23 juin, Paris, *Clunet*, 1885, p. 436.
29 juin, Limoges, *Journ. faill.* 1886, p. 406.

1886 4 février, Toulouse, *Clunet*, 1886, p. 332.
6 mars, Trib. com. Seine, *Clunet*, 1887, p. 614.
17 juillet, Trib. com. Seine, *Journ. trib. com.*, 1888, p. 33.
10 novembre, Paris, *Clunet*, 1886, p. 711.
30 novembre, Paris, *Journ. faill.*, 1887, article 753, p. 60.

1887 11 mai, Trib. com. Seine, *Clunet*, 1889, p. 670.
16 juin, Paris, *Clunet*, 1890, p. 906.
30 juin, Cass. Req., *Journ. faill.*, 1887, article 849, p. 346.
12 juillet, Nancy, S., 1890.II.187.
2 août, Trib. Seine, *Clunet*, 1888, p. 89.
26 octobre, Cass. Req., D., 1888.I.110.

1888 18 février, Paris, *Journ. trib. com.*, 1888, p. 504.
8 mai, Trib. com. Amiens, *Clunet*, 1891, p. 917.

1889 17 juillet, Trib. com. Le Havre, *Journ. faill.*, 1890, article 1241, p. 172.
14 novembre, Paris, *Ann. dr. com.*, 1890.I.53.

1890 11 février, Cass. civ., S., 1891.I.109.
13 février, Caen, *Clunet*, 1891, p. 523.
29 mai, Chambéry, *Journ. faill.*, 1891, article 1382, p. 82.
29 mai, Trib. civ. Charleville, *Clunet*, 1891, p. 525.
3 juillet, Trib. com. Sète, *Clunet*, 1891, p. 203.

1891 19 juin, Paris, *Clunet*, 1891, p. 1198.
8 juillet, Bordeaux, *Journ. faill.*, 1892, article 1552, p. 118.

1892 26 janvier, Cass. civ., S., 1892.I.77.

1893 20 novembre, Cass. Req., D.P., 1894.I.425.
24 novembre, Paris, *Clunet*, 1894, p. 131.

1894 7 février, Paris, *Clunet*, 1894, p. 1013.
14 février, Paris, *Clunet*, 1894, p. 1013.
27 avril, Trib. Marseille, *Clunet*, 1896, p. 613.
7 novembre, Trib. Seine, *Clunet*, 1895, p. 93.

1895 15 janvier, Trib. com. Seine, D.P., 1897.II.497.
5 juin, Aix, *Clunet*, 1896, p. 613.
19 juin, Trib. com. Seine, *Clunet*, 1896, p. 866.
17 juillet, Orléans, *Clunet*, 1895, p. 1038.
23 novembre, Paris, D.P., 1897.II.497.

1896 15 janvier, Cass. Req., *Clunet*, 1896, p. 360.
21 février, Trib. civ. Seine, *Clunet*, 1896, p. 621.

1897 5 juillet, Cass. Req., *Clunet*, 1897, p. 1021.

1898 22 juillet, Trib. civ. Montbéliard, *Journ. faill.*, 1900, article 3474, p. 383.

1899 19 janvier, Bourges, D.P., 1902.II.57.
14 juin, Cass. civ., S., 1900.I.225.

1900 26 janvier, Trib. com. Marseille, *Clunet*, 1900, p. 584.
10 mars, Trib. civ. Seine, *Clunet*, 1900, p. 585.
23 mai, Nancy, *Clunet*, 1900, p. 988.
26 juin, Trib. com. Marseille, *Clunet*, 1900, p. 584.

1901 14 novembre, Paris, *Clunet*, 1902, p. 110.

1902 19 avril, Trib. civ. Pau, *Clunet*, 1903, p. 875.

1903 27 janvier, Cass. Req., *Clunet*, 1903, p. 623.
1er mai, Douai, *Clunet*, 1904, p. 388.
21 juillet, Cass. civ., S., 1903.I.449.

1904 6 mai, Trib. civ. Seine, *Clunet*, 1904, p. 691.
15 juillet, Trib. civ. Seine, *Clunet*, 1905, p. 200.
13 décembre, Cass. civ., S., 1905.I.65.

1905 11 mars, Amiens, *Clunet*, 1906, p. 788.
26 juin, Cass. civ., *Clunet*, 1905, p. 1014, S., 1905.I.433, D., 1905.I.513.

1906 14 mai, Trib. com. Seine, *Rev. dr. int. pr.*, 1907, p. 762.
1er juin, Paris, *Clunet*, 1907, p. 135, *Rev. dr. int. pr.*, 1909, p. 221.
1er août, Cass. Req., *Clunet*, 1908, p. 1176.

1907 18 juillet, Trib. com. Lyon, *Clunet*, 1908, p. 150.
19 juillet, Trib. com. Lyon, *Journ. faill.*, 1907, p. 431, article 4535.

1908 29 juillet, Cass. Req., D., 1910.I.409.
25 octobre, Trib. com. Seine, *Clunet*, 1910, p. 201.

1909 24 novembre, Chambéry, D., 1910.II.68.

1910 27 mai, Cass. civ., D., 1912.I.447.

1911 29 avril, Nancy, *Clunet*, 1913, p. 1240.

1912 30 janvier, Cass. civ., S., 1916.I.113.
14 mai, Dijon, S., 1913.II.8.
24 juin, Cass. civ., D., 1913.I.457.
26 juin, Paris, *Clunet*, 1913, p. 580.
9 novembre, Trib. civ. Seine, *Clunet*, 1913, p. 1240.

1913 11 mars, Cass. civ., D., 1914.I.185.
12 novembre, Cass. Req., D., 1917-1918.I.160.

1914 14 janvier, Trib. com. Seine, *Clunet*, 1916, p. 1292.

1917 5 novembre, Trib. Nice, *Clunet*, 1918, p. 672.

1920 14 avril, Trib. com. Seine, *Journ. trib. com.*, t. LXXIX, 1922-1923, p. 125.

1921 22 juillet, Trib. civ. Seine, *Clunet*, 1921, p. 532.
30 novembre, Colmar, *Clunet*, 1922, p. 379.

1923 7 novembre, Bourges, S., 1924.II.4.
10 décembre, Trib. com. Seine, *Gaz. Pal.*, 1924.I.382.
12 décembre, Trib. com. Seine, *Gaz. Pal.*, 1924.I.233.

1924 21 février, Trib. région. Strasbourg, *Gaz. Pal.*, 1924.I.766.

1925 7 février, Paris, *Clunet*, 1926, p. 391.
14 février, Colmar, *Clunet*, 1925, p. 1044.

1927 11 avril, Cass. Req., *Gaz. Pal.*, 1927.II.459, *Rev. dr. int. pr.*, 1927, p. 654, 1928, *Clunet*, p. 376.
11 mai, Paris, *Clunet*, 1928, p. 654.
14 novembre, Trib. com. Seine, *Clunet*, 1928, p. 949.
18 novembre, Trib. com. Seine, *Rev. dr. int. pr.*, 1929, p. 144.

1928 25 janvier, Besançon, S., 1928.II.63.

1929 5 février, Cass. civ., S., 1930.I.81.
22 juillet, Paris, *Clunet*, 1929, p. 1095.

1930 3 mars, Cass. Req., S., 1930.I.377.
17 novembre, Cass. civ., D.H., 1931, p. 37.

1931 27 mars, Trib. civ. Tarascon, *Dor supplém.*, 9, p. 214.
29 avril, Paris, *Rev. dr. int. pr.*, 1933, p. 498.
25 juin, Riom, *Gaz. Pal.*, 1931.II.454.

1932 18 avril, Cass. Req., *Gaz. Pal.*, 1932.II.145.
26 avril, Cass. Req., *Gaz. Pal.*, 1932.II.145.
10 mai, Colmar, *Clunet*, 1934, p. 99.

1933 9 mai, Aix, *Gaz. Pal.*, 1933.II.218.
7 décembre, Douai, *Gaz. Pal.*, 1934.I.381.

1934 14 avril, Cass. Req., *Gaz. Pal.*, 1934.II.437.

1935 22 juillet, Agen, *Gaz. Pal.*, 1935.II.695.

1936 18 janvier, Cass. crim., D.H., 1936, p. 85.
25 mai, Chambéry, *Rev. int. dr. int. pr.*, 1937, p. 193.

1939 19 juin, Cass. civ., D.P., 1939, p. 97.

1942 16 mars et 13 juillet, Cass. civ., D. crit., 1944, p. 1.

1943 25 mai, Cass. civ., D. crit., 1944, p. 25.
1944 22 mars, Cass. civ., S., 1945.I.77.
1948 17 juin, Paris, D., 1948, p. 443.
21 juin, Cass. civ., *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1949, p. 557, *J.C.P.*, 1948.II.4422.
27 juillet, Cass. civ., D., 1948, p. 535.
30 novembre, Trib. civ. Rouen, *Gaz. Pal.*, 1949.I.96.
1949 7 mars, Conseil d'Etat, *Gaz. Pal.*, 1949.I.182.
1951 26 février, Trib. com. Seine, D., 1951, somm. 50.
13 novembre, Cass. civ., *Clunet*, 1953, p. 662.
1952 9 janvier, Trib. civ. Versailles, *Gaz. Pal.*, 1952.I.354.
1953 17 avril, Cass. civ., *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1953, p. 412, *J.C.P.*, 1953.II.7863.
1954 28 janvier, Cass. civ., D., 1954, p. 217.
4 novembre, Trib. civ. Seine, *Clunet*, 1955, p. 650.
1955 8 juillet, Trib. civ. Thonon, D., 1956.J., p. 227.
1er décembre, Douai, D., 1956.J., p. 223.
1956 17 janvier, Cass. civ., D., 1956, p. 265, *J.C.P.*, 1956.II.9601.
1957 22 février, *J.C.P.*, 1957.II.10052.
22 mai, Cass. com., *Bull. cass. civ.*, III, n° 166.
31 octobre, Paris, *Clunet*, 1958, p. 1038.
14 novembre, Paris, D., 1958, p. 277.
1958 4 janvier, Cass. civ., *Clunet*, 1958, p. 1048.
25 février, Cass. crim., D., 1958, p. 373.
25 février, Cass. com., *J.C.P.*, 1958.II.10510, D., 1958, p. 308, *Gaz. Pal.*, 1958.I.284.
22 août, Nice, *Rev. trim. dr. com.*, 1958, p. 826.
1959 14 octobre, Cass. com., *J.C.P.*, 1959.II.11308.
1960 22 mars, Cass. com., *Gaz. Pal.*, 1960.II.83.
11 mai, Cass. com., D., 1960.J., p. 573.
10 novembre, Paris, *Clunet*, 1961, p. 426, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, p. 745.
1962 6 février, Cass. com., *Gaz. Pal.*, 1962.I.393.
6 mars, Cass. com., *Gaz. Pal.*, 1962, 13-15 juin.
6 mars, Cass. civ., *Gaz. Pal.*, 1962.I.394, *Rev. trim. dr. com.*, 1962, p. 481.
22 mars, Trib. com. Angoulême, *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 915, n° 43.
26 mars, Limoges, *Gaz. Pal.*, 10-12 octobre 1962.
2 mai, Paris, *Gaz. Pal.*, 1962, 6-9 octobre.
14 mai, Trib. gr. inst. Seine, *Clunet*, 1963, p. 110, D., 1962, p. 653.
22 mai, Cass. com., *Bull. cass. civ.*, III, n° 271, p. 223.
28 mai, Cass. com., *Bull. cass. civ.*, III, n° 281, p. 231.
7 juin, Cass. civ., *Gaz. Pal.*, 1962.II.253, *Clunet*, 1963, p. 108.
12 juillet, Cass. civ., *Clunet*, 1963, p. 1056.
15 octobre, Cass. com., *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 370.
16 octobre, Cass. com., *Bull. cass. civ.*, III, n° 403, p. 330.
5 novembre, Cass. com., *Bull. cass. civ.*, III, n° 435, p. 360.
7 novembre, Paris, *Gaz. Pal.*, 23-26 février 1963.
1963 3 janvier, Cass. com., *Bull. cass. civ.*, III, n° 7, p. 6.
4 janvier, Cass. com., *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 890.
8 janvier, Cass. com., *Gaz. Pal.*, 1963, 19-21 juin.
23 janvier, Cass. com., *Bull. cass. civ.*, III, n° 57, p. 45.
18 février, Riom, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1964, p. 87.
18 mars, Cass. com., *Bull. cass. civ.*, III, n° 159, p. 131.
30 avril, Agen, *J.C.P.*, 1963.II.13239.
21 mai, Cass. com., *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 888.
21 mai, Cass. com., *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 889.
21 mai, Cass. com., *Bull. cass. civ.*, III, n° 245, p. 202.
29 mai, Paris, *Rev. trim. dr. com.*, 1963, p. 897.
8 octobre, Cass. com., D., 1964.J., p. 313.
1964 7 janvier, Cass. civ., *J.C.P.*, 1964.II.13590, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1964, p. 344.

22 janvier, Trib. gr. inst. Bressuire, *Gaz. Pal.*, 4-7 avril 1964.
13 février, Paris, *Rev. trim. dr. com.*, 1964, p. 387.
29 juin, Aix-en-Provence, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1965, p. 138.
1965 22 décembre, Trib. gr. instance Seine, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, p. 490.

## II. — Jurisprudence étrangère

### 1° Allemagne

1960 4 février, Cour fédérale, *Clunet*, 1965, p. 148.
1962 5 février, Cour fédérale, *Clunet*, 1965, p. 148.
1962 25 mai, Cour fédérale, *Clunet*, 1965, p. 148.

### 2° Angleterre

1896 24 juillet, Haute Cour d'Angleterre, *Clunet*, 1897, p. 185.
1923 12 février, Cour d'Appel d'Angleterre, *Dor*, II, p. 191.
1926 21 mai, Chancerey division, *Clunet*, 1927, p. 470.
1927 18 février, Cour d'Appel de Londres, *Clunet*, 1927, p. 752.
1928 7 février, P.D. et A. Division, *Clunet*, 1928, p. 749.
1950 9 février, House of Lords, *Clunet*, 1954, p. 215.
1950 17 mai, Chancery Division, *Clunet*, 1954, p. 217.
1950 14 juillet, Court of appeal, *Clunet*, 1954, p. 217.

### 3° Belgique

1885 10 juin, Trib. civ. Dinant, *Clunet*, 1887, p. 360.
7 décembre, Trib. com. Bruxelles, *Clunet*, 1887, p. 360.
1888 8 août, Trib. com. Alost, D., 1891, p. 225.
1889 23 mai, Cour de Cassation, D., 1891, p. 225.
1891 29 juin, Cour de Bruxelles, *Clunet*, 1893, p. 226.
1894 17 avril, Trib. civ. Bruxelles, *Clunet*, 1895, p. 430.
1902 2 juillet, Cour de Bruxelles, *Clunet*, 1904, p. 202.
1903 14 février, Trib. civ. Anvers, *Clunet*, 1905, p. 1088.
1905 7 janvier, Trib. com. Tournai, *Pand. per. belges*, 1905, n° 128.
23 mars, Cour de Bruxelles, *Clunet*, 1905, p. 1087.
1907 15 mai, Gand, *Journ. faill.*, 1907, p. 405.
1910 26 novembre, Trib. com. Bruxelles, *Clunet*, 1912, p. 575.
1912 5 janvier, Trib. com. Anvers, *Clunet*, 1914, p. 631.
1913 26 février, Cour de Bruxelles, *Jurispr. port Anvers*, 1913, p. 194.
1919 30 octobre, Trib. com. Liège, *Jur. Cour Liège*, 1919, p. 366.
29 novembre, Trib. com. Bruxelles, *Jur. com. Bruxelles*, 1920, p. 1750.
1923 17 novembre, Trib. com. Gand, *Pand. per.*, 1924, n° 59.
1926 8 novembre, Trib. com. Anvers, *Jur. port Anvers*, 1926, p. 543.
1927 1er octobre, Trib. com. Liège, *Jurispr. Cour de Liège*, 1927, p. 270.
26 novembre, Trib. com. Bruxelles, *Jur. com. Bruxelles*, 1927, p. 420.
1929 16 mai, Gand, *Jur. com. Flandres*, 1929, p. 231.
1931 30 décembre, Cour de Bruxelles, *Jur. com. Bruxelles*, 1933, p. 206.
1958 14 juillet, Trib. civ. Gand, *Rev. trim. dr. com.*, 1958, p. 876.
1959 16 novembre, Cour de Gand, *Clunet*, 1962, p. 1066.

### 4° Egypte

1895 18 avril, Cour d'Alexandrie, *Clunet*, 1905, p. 431.
1896 22 décembre, Cour d'Alexandrie, *Clunet*, 1905, p. 432.

### 5° Grèce

1892 Cour d'Athènes, *Clunet*, 1893, p. 234.

### 6° Hollande

1888 5 avril, Cour de Cassation des Pays-Bas, *Clunet*, 1888, p. 564.
1893 8 juin, Trib. Maëstricht, *Clunet*, 1898, p. 600.
1894 6 décembre, Trib. Arnhein, *Clunet*, 1897, p. 420.
1901 1er mars, Trib. Amsterdam, *Clunet*, 1903, p. 925.
1911 9 novembre, Trib. Rotterdam, *Clunet*, 1917, p. 299.
1915 5 novembre, Cour de Cassation des Pays-Bas, *N.J.*, 1916, p. 15.
1917 23 février, Haute Cour des Pays-Bas, 1921, p. 279.
1926 26 novembre, Trib. Amsterdam, *Clunet*, 1928, p. 1293.
1954 11 juin, Cour d'Amsterdam, *Clunet*, 1957, p. 478.
1955 15 avril, Cour de Cassation des Pays-Bas, *Clunet*, 1957, p. 478.
29 novembre, Trib. Arrhen, *N.J.*, 1956, p. 231.
1957 15 février, Trib. Amsterdam, *Clunet*, 1961, p. 902.

### 7° Italie

1871 1er août, Cour de Brescia, *Clunet*, 1884, p. 377.
1873 20 novembre, Cour de Brescia, *Clunet*, 1879, p. 82.
1876 6 octobre, Cour de Cassation de Turin, *Clunet*, 1879, p. 82.
1879 15 décembre, Cour de Milan, *Clunet*, 1884, p. 377.
1889 11 septembre, Cour de Florence, *Clunet*, 1892, p. 292.
1898 8 mars, Cour de Milan, *Clunet*, 1901,p. 850.
1908 18 juillet, Cour de Cassation de Turin, *Clunet*, 1909, p. 563.
1923 9 août, Trib. Gènes, *Dor*, 7.
1959 1er décembre, Cour de Cassation italienne, *Clunet*, 1961, p. 860.
1965 10 avril, Cour de Cassation, Chambres réunies, *Clunet*, 1966, p. 686.

### 8° Suisse

1874 22 janvier, Trib. com. Genève, *Clunet*, 1874, p. 334.
1875 20 janvier, Conseil fédéral de Berne, D., 1875.II.169.
1886 19 mars, Trib. féd. suisse, *Clunet*, 1887, p. 113.
1891 5 février, Trib. com. Genève, *Clunet*, 1893, p. 240.
1904 2 mars, Trib. féd. suisse, *Rev. dr. int. pr.*, 1905, p. 570.
1906 20 novembre, Trib. féd. suisse, *Clunet*, 1908, p. 927.
1908 28 novembre, Cour de Genève, *Clunet*, 1910, p. 298.
1912 24 septembre, Trib. féd. suisse, *Rev. dr. int. pr.*, 1913, p. 600.
1922 20 janvier, Trib. féd. suisse, *Clunet*, 1922, p. 759.

10 octobre, Trib. féd. suisse, *Bulletin de l'Institut intermédiaire international*, t. IX, 1923, p. 108, n° 2547.

1927 23 juin, Trib. féd. suisse, *Rev. dr. int. pr.*, 1927-1928, p. 344.
25 juin, Trib. féd. suisse, *Journ. faill.*, 1929, article 6370, p. 211.
30 novembre, Trib. civ. Genève, *Rev. dr. int. pr.*, 1927-1928, p. 689.

1932 9 décembre, Trib. féd. suisse, *Clunet*, 1933, p. 766.

1933 27 octobre, Trib. féd. suisse, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1935, p. 419.

# TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES


INTRODUCTION ..... 1

PREMIÈRE PARTIE

**DÉTERMINATION DE LA LOI DE LA FAILLITE**

CHAPITRE I. — **La théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite.** 11

*Section I. — La théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite se justifie juridiquement* ..... 11

*Sous-Section I.* — Le principe de l'unité permet à la faillite d'atteindre les buts qu'elle poursuit ..... 12

§ 1. — Une stricte égalité n'est maintenue entre les créanciers que lorsque la faillite est une et universelle ..... 12
§ 2. — L'unité et l'universalité de la faillite permettent le relèvement du failli ..... 18

*Sous-Section II.* — Le principe de l'unité est conforme à la nature de la faillite ..... 19

*Sous-Section III.* — Le principe de l'unité est compatible avec les effets produits par la procédure de faillite ..... 25

*Section II. — La théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite répond à des nécessités d'ordre pratique* ..... 28

§ 1. — La faillite une et universelle répond à un souci de simplicité. .. 28
§ 2. — La faillite une et universelle répond à un souci d'économie et de rapidité ..... 32

*Section III. — La théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite est consacrée par le droit conventionnel* ..... 34

*Sous-Section I.* — Les conventions générales ..... 36

§ 1. — Le projet établi par la cinquième conférence de droit international privé de La Haye ..... 36
§ 2. — Le Code Bustamante ..... 37
§ 3. — L'Union scandinave de droit international privé : Convention n° 4 sur la procédure de faillite du 7 novembre 1933 ..... 37

*Sous-Section II.* — Les accords bilatéraux ..... 38

§ 1. — Le traité franco-suisse du 15 juin 1869 ..... 38
§ 2. — Le traité franco-belge du 8 juillet 1899 ..... 41
§ 3. — Le traité hollando-belge du 28 mars 1925 ..... 43
§ 4. — Le traité franco-italien du 3 juin 1930 ..... 45
§ 5. — Le traité franco-monégasque du 13 septembre 1950 ..... 46

CHAPITRE II. — **La théorie de la pluralité et de la territorialité des faillites** ..... 47

*Section I. — La théorie de la territorialité se justifie juridiquement*..... 47

*Sous-Section I.* — La territorialité et le principe de l'indépendance des souverainetés ..... 48

*Sous-Section II.* — Le principe de la territorialité est conforme à la nature de la faillite..... 49

§ 1. — Le principe de la territorialité et le rattachement de la faillite au statut réel ..... 49

§ 2. — La faillite est un mode d'exécution et les lois la concernant sont des lois de procédure..... 51

*Sous-Section III.* — Le principe de la territorialité est conforme au but recherché par la faillite..... 53

*Section II. — La théorie de la territorialité offre de grands avantages pratiques* ..... 56

§ 1. — Le système de la territorialité et l'intérêt des créanciers..... 56

§ 2. — Le système de la territorialité et l'intérêt du débiteur..... 57

CHAPITRE III. — **Les solutions intermédiaires**..... 59

*Section I. — Solution déduite du caractère complexe de la faillite*..... 59

§ 1. — Solution déduite de l'objet de la faillite..... 59

§ 2. — Solution déduite de la dualité des effets de la faillite..... 60

*Section II. — Solution déduite de considérations pratiques : Rapport de Jacot au groupe suisse de l'« international law association »*..... 61

CHAPITRE IV. — **Le système adopté par la jurisprudence française.** 66

*Section I. — Conditions requises pour que le principe de l'unité et de l'universalité de la faillite soit admis*..... 67

§ 1. — La faillite doit être prononcée par un tribunal français conformément à la loi française, lorsque le domicile ou le principal établissement du commerçant est situé sur notre territoire..... 67

§ 2. — Inversement la faillite ouverte à l'étranger au domicile du débiteur doit produire des effets en France..... 70

*Section II. — Conditions requises pour que le principe de la territorialité de la faillite soit admis*..... 82

§ 1. — Le commerçant étranger peut être déclaré en faillite en France lorsqu'il a sur notre territoire un établissement secondaire, une succursale, ou des avoirs, et lorsqu'il y exerce le commerce ou y conclut des marchés ..... 82

A. — La compétence des juridictions françaises est liée à l'existence d'une succursale sur notre territoire..... 85

B. — A quel moment doit exister le chef de compétence invoqué ? 88

§ 2. — Les juridictions françaises se reconnaissent le droit en vertu des articles 14 et 15 du Code Civil, de prononcer la faillite d'un commerçant étranger à la demande d'un Français, ou d'un débiteur français à la demande d'un Français ou d'un étranger..... 89

## DEUXIÈME PARTIE

## DOMAINE DE LA LOI DE LA FAILLITE DANS L'ESPACE ET DANS LE TEMPS

CHAPITRE I. — **Conditions d'ouverture de la faillite** ..... 97

*Section I. — Le débiteur doit être commerçant* ..... 97

§ 1. — Impossibilité de prononcer en France la faillite de débiteurs étrangers alors que la loi du siège social ou du domicile l'admet : conflit entre la loi du siège social ou du domicile et la *lex fori* .... 98
A. — La faillite est susceptible d'être déclarée en France ..... 98
B. — Effets en France d'une faillite civile déclarée à l'étranger .... 99
C. — Loi compétente pour déterminer la qualité de commerçant .. 101

§ 2. — Possibilité de prononcer en France la faillite d'un commerçant alors que son statut juridique est régi par une loi ne l'admettant pas : conflit entre la loi du siège social ou du domicile et la *lex fori* ..... 103

§ 3. — Faillite de commerçants retirés ou décédés ..... 104

*Section II. — Le débiteur doit avoir cessé ses paiements* ..... 106

*Section III. — Faillite ou mesures préventives* ..... 107

§ 1. — Domaine d'application des mesures préventives ..... 109

§ 2. — Portée extraterritoriale des mesures préventives ..... 110

CHAPITRE II. — **Déclaration et organisation de la faillite** ..... 112

*Section I. — Saisine du tribunal* ..... 112

§ 1. — Faillite déclarée à la demande des créanciers ou d'office : conflit entre la loi du domicile ou du siège social et la *lex fori* ..... 113

§ 2. — Faillite prononcée à la demande du débiteur : conflit imputable à l'extranéité du débiteur ..... 113

*Section II. — Le contrôle des opérations* ..... 115

§ 1. — Faillite en France d'un débiteur étranger : pouvoirs du syndic français ..... 116

§ 2. — Pouvoirs en France d'un syndic étranger avant toute décision d'exequatur ..... 117
A. — Doctrine, jurisprudence dominantes et droit conventionnel : le syndic étranger peut faire certains actes avant toute instance d'exequatur ..... 118
*I.* — La doctrine ..... 118
*a*) Justifications juridiques ..... 118
*b*) Justifications pratiques ..... 121
II. — La jurisprudence ..... 122
III. — Le droit conventionnel ..... 124
*a*) Convention franco-suisse du 15 juin 1869 ..... 124
*b*) Convention franco-belge du 8 juillet 1899 ..... 125
*c*) Convention franco-italienne du 3 juin 1930 ..... 127
*d*) Convention franco-monégasque du 13 septembre 1950 .... 127
B. — Doctrine et jurisprudence dissidentes : le syndic étranger n'a aucun pouvoir avant le jugement d'exequatur ..... 127
I. — La doctrine ..... 127
II. — La jurisprudence ..... 140

CHAPITRE III. — **La masse des créanciers** ..... 132

*Section I. — Constitution de la masse*..... 132

§ 1. — Production des créances ..... 133
A. — Production à une faillite déclarée en France..... 134
1° Preuve des droits allégués : conflit entre la loi qui régit la créance et la *lex fori*..... 134
2° Portée d'une décision étrangère remise à l'appui d'une production : portée de la production avant toute instance d'exequatur ..... 134
B. — Production à une faillite déclarée à l'étranger : conséquences produites avant toute décision d'exequatur..... 136

§ 2. — Vérification des créances : conflit entre la loi qui régit le contrat et la *lex fori*..... 137

*Section II. — Effets de la constitution de la masse sur les droits des créanciers.* 138

§ 1. — Conversion au jour de la déclaration de faillite des créances dues par le failli en monnaies étrangères. Le principe est-il le même lorsque le débiteur est créancier de sommes déterminées en monnaies étrangères ? Conflit entre la *lex fori* et les principes du droit commun ..... 139

§ 2. — Arrêt du cours des intérêts : conflit entre la loi qui régit le contrat et la *lex fori*..... 140

§ 3. — Exigibilité des dettes à terme dues par le failli : conflit entre la *lex fori* et la loi de la faillite du pays où la dette a été contractée ; entre la *lex fori* et la loi du siège social d'une personne morale..... 141

§ 4. — Suspension des poursuites individuelles..... 143
I. — La suspension des poursuites individuelles organisée en France et les effets à l'étranger : conflit entre la *lex fori* et la *lex rei sitae*..... 144
II. — La suspension des poursuites individuelles avant toute instance d'exequatur ? ..... 145

§ 5. — Attribution à la masse d'un droit général de sûreté..... 146
I. — Tous les biens du débiteur failli ne sont pas situés sur le même territoire : conflit entre la *lex fori* et la *lex rei sitae*..... 147
II. — La faillite a été déclarée à l'étranger et le jugement n'a pas été déclaré exécutoire en France ou en Belgique..... 148

§ 6. — Attribution dans certaines législations d'un droit de préférence à la masse locale ou aux créanciers nationaux..... 149
I. — La loi étrangère crée un privilège au profit des nationaux ou de la masse locale..... 151
A. — Théorie stricte de réciprocité absolue..... 151
1° La jurisprudence favorable à la théorie stricte de réciprocité absolue ..... 151
2° La doctrine favorable à la théorie stricte de réciprocité absolue. 152
B. — Théorie du rapport ..... 154
1° La jurisprudence favorable à la théorie du rapport..... 155
2° La doctrine et la législation favorables à la théorie du rapport. 156
II. — La loi étrangère protège moins les droits des créanciers français que la législation française..... 159

*Section III. — Actions du syndic au nom de la masse contre certains actes ou contrats faits et passés par le débiteur*..... 160

§ 1. — Conflit entre la loi de la faillite et la loi nationale du failli.. 161

§ 2. — Conflit entre la loi de la faillite et la loi qui régit le contrat et conflit de juridictions..... 161
1° Thèses en présence ..... 162
A. — Thèse favorable à l'application de la loi qui régit le contrat. 162
B. — Thèse favorable à l'application de la loi de la faillite..... 162

2° Conflit de lois et conflit de juridictions relatifs à la détermination de la période suspecte ... 164
3° Conflit de lois et conflit de juridictions relatifs à l'exercice de l'action paulienne ... 167
A. — Conflit entre la loi qui régit le contrat et la *lex fori* ...
B. — Conflit de juridictions ... 167
§ 3. — Conflit entre la *lex fori* et la *lex rei sitae* ... 168
1° Le débiteur a aliéné des immeubles situés à l'étranger ... 169
2° Le débiteur a accordé une hypothèque sur ses biens ... 170
A. — Thèse favorable à l'application de la *lex rei sitae* ... 170
B. — Thèse favorable à l'application de la *lex fori* ... 171

CHAPITRE IV. — **Effets de la faillite à l'égard des personnes qui entendent se placer en dehors de la masse** ... 172

*Section I. — Exercice du droit de revendication, de rétention ou de compensation* ... 173

*Sous-Section I.* — L'action en revendication ... 173
§ 1. — Exercice du droit de revendication proprement dit ... 173
A. — Conflit entre la *lex fori* et la *lex rei sitae* ... 174
B. — Conflit entre la *lex fori* et la loi du contrat ... 174
§ 2. — Exercice de l'action réservée au vendeur d'objets mobiliers. 176
A. — Conflit entre la *lex fori* et la *lex rei sitae* ... 177
B. — Conflit entre la *lex fori* et la *lex loci contractus* ... 177
C. — Conflit entre la *lex fori* et la loi du domicile du vendeur... 179

*Sous-Section II.* — Le droit de rétention ... 180

*Sous-Section III.* — Le droit de compensation ... 181
§ 1. — Conflit entre la loi qui régit la créance et la *lex fori* ... 181
§ 2. — Conflit de juridictions ... 183

*Section II. — Les créanciers prétendent bénéficier d'une sûreté* ... 184

*Sous-Section I.* — Le créancier se prévaut d'une sûreté réelle terrestre : conflit de lois et conflit de juridictions ... 184

I. — Conflit de lois : conflit entre la loi qui régit l'obligation, la *lex rei sitae* et la *lex fori* ... 184
§ 1. — Compétence exclusive de la *lex rei sitae* ... 185
A. — Application de la *lex rei sitae* à tous les privilèges ... 186
B. — Application de la *lex rei sitae* à certains privilèges ... 186
§ 2. — Compétence exclusive de la *lex fori* ... 187
§ 3. — Compétence simultanée de la *lex fori* et de la *lex rei sitae*... 188
A. — Le créancier invoque une sûreté légale ... 193
B. — Le créancier invoque une sûreté conventionnelle ... 195
C. — Mise en œuvre des principes établis ... 196
1° L'objet mobilier grevé d'un privilège est déplacé ... 196
2° Les bénéficiaires de sûretés réelles désirent participer aux répartitions chirographaires ... 198
3° Le bailleur d'immeubles revendique un privilège ... 199

II. — Conflit de juridictions : conflit entre le tribunal du lieu de la situation du bien et le tribunal qui a prononcé la faillite ... 200
§ 1. — Compétence du tribunal de la faillite ... 200
§ 2. — Compétence du tribunal de la situation ... 201

*Sous-Section II.* — Le créancier se prévaut d'une sûreté réelle maritime. 203
§ 1. — Loi compétente pour se prononcer sur l'existence, la réalité du droit invoqué : conflit entre la loi du lieu de situation du navire et la loi du pavillon ... 204

§ 2. — L'armateur est déclaré en faillite : conflit entre la loi du pavillon et la loi qui régit la faillite ..... 207

*Sous-Section III.* — Un état se prévaut de garanties sur les biens du failli situés sur son territoire : conflit entre la *lex rei sitae* et la *lex fori*. 209

*Section III. — Le conjoint du failli revendique certains droits* ..... 210

§ 1. — Le conjoint du failli bénéficie d'une hypothèque légale : conflit entre la loi applicable au régime matrimonial, la *lex rei sitae* et la *lex fori* ..... 211
A. — Application de la loi régissant les intérêts matériels des époux. 211
B. — Application de la loi du lieu de situation des biens grevés.. 212
C. — Application de la loi qui régit la faillite ..... 212

§ 2. — Le conjoint du failli entend exercer certains droits de reprises ou prétend bénéficier de certains avantages matrimoniaux : conflit entre la loi régissant les rapports matrimoniaux des époux et la *lex fori* ..... 214

§ 3. — Selon certaines lois la déclaration de faillite modifie la nature du régime matrimonial : conflit entre la loi qui régit les intérêts matériels des époux et la *lex fori* ..... 216
A. — La loi qui régit les intérêts matériels des époux ne prévoit pas la modification de la nature du régime matrimonial ..... 216
1° Les modifications prévues par la *lex fori* tendent à protéger les créanciers ..... 216
2° Les modifications prévues par la *lex fori* tendent à protéger le conjoint ..... 217
B. — La loi qui régit les intérêts matériels des époux et la *lex fori* prévoient toutes les deux une modification différente de la nature du régime matrimonial ..... 218

CHAPITRE V. — **Effets de la faillite à l'égard du débiteur** ..... 219

*Section I. — Effets communs au débiteur, personne physique et personne morale : le dessaisissement* ..... 220

§ 1. — La faillite est prononcée en France ..... 220
I. — Nature juridique du dessaisissement ..... 221
II. — Etendue du dessaisissement : conflit entre la *lex fori* et la *lex rei sitae* ..... 223
A. — Effets de la faillite prononcée en France sur des biens situés dans des Etats qui limitent l'étendue du dessaisissement ..... 223
B. — Effets de la faillite prononcée en France lorsque les biens insaisissables ne sont pas les mêmes dans les deux lois susceptibles d'être appliquées ..... 226
C. — Certains Etats n'admettent pas que la faillite prononcée à l'étranger ait des répercussions sur les immeubles situés sur leurs territoires ..... 227

§ 2. — La faillite est prononcée à l'étranger ..... 228
A. — Le dessaisissement atteint-il les biens du débiteur situés en France avant toute décision d'exequatur ..... 228
B. — La faillite prononcée en Angleterre entraîne-t-elle une transmission de la propriété des biens du débiteur situés en France au profit du syndic ? Conflit entre la *lex fori* et la *lex rei sitae*.... 230
C. — Etendue du dessaisissement en France lorsque la faillite a été déclarée en Allemagne : conflit entre la *lex fori* et la *lex rei sitae* ..... 230

*Section II. — Effets propres au débiteur personne physique* ..... 231

*Sous-Section I.* — Le failli est frappé de déchéances ..... 231

I. — L'étranger déclaré en faillite en France est-il atteint par ces déchéances et ces mesures ont-elles une certaine portée extraterritoriale lorsqu'elles dérivent d'une décision étrangère ? 231

§ 1. — La faillite est prononcée en France : conflit entre la *lex fori* et la loi nationale du débiteur ..... 231
§ 2. — La faillite est prononcée à l'étranger ..... 232

II. — Les déchéances résultant d'une faillite étrangère entraînent certaines conséquences en France. Loi compétente pour y mettre fin ..... 235

*Sous-Section II.* — Le failli est éventuellement passible de sanctions pénales : conflit entre la *lex fori* et la loi nationale du failli ..... 236

*Section III. — Effets particuliers au débiteur personne morale* ..... 238

*Sous-Section I.* — La faillite est territoriale ..... 238
§ 1. — La déclaration de faillite entraîne-t-elle automatiquement la dissolution de la société ? Conflit entre la *lex fori* et la loi du siège social ..... 238
§ 2. — La faillite de la société entraîne-t-elle celle de certains associés ? Conflit entre la *lex fori* et la loi du siège social ..... 239
§ 3. — Est-il possible de condamner les dirigeants sociaux au paiement de tout ou partie du passif social ? Conflit entre la *lex fori* et la loi du siège social ..... 241

*Sous-Section II.* — La faillite est universelle ..... 246

CHAPITRE VI. — **Les solutions de la procédure** ..... 247

§ 1. — Conflit de juridictions relatif à la clôture pour insuffisance d'actif ..... 248
§ 2. — Conflit de lois et de juridictions relatif à l'état d'union des créanciers ..... 249
§ 3. — Conflits de lois et de juridictions relatifs à l'« order of discharge ». 251
§ 4. — Conflits de lois et de juridictions relatifs au concordat ..... 252

CONCLUSION ..... 257

BIBLIOGRAPHIE DES OUVRAGES CITÉS ..... 261
I. — Traités et ouvrages généraux ..... 261
II. — Ouvrages spéciaux ..... 262
III. — Articles, chroniques, notes, conclusions, rapports ..... 263

BIBLIOGRAPHIE DES DÉCISIONS JUDICIAIRES CITÉES ..... 267
I. — Jurisprudence française ..... 267
II. — Jurisprudence étrangère ..... 271

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES ..... 275

Imp. F. BOISSEAU, Rue du Taur, 34 - TOULOUSE (France)
Dépôt légal, 4e trimestre 1967